

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



TESIS DE GRADO

**“VULNERACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE
DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y DEL PACTO DE SAN
JOSÉ DE COSTA RICA, POR EL ART. 123 DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO
PLURINACIONAL CON RELACIÓN A LA
RETROACTIVIDAD DE LA LEY”**

(TESIS PARA OPTAR EL GRADO LICENCIATURA EN DERECHO)

POSTULANTE : EVER TOÑO ZAMBRANA PEREZ

TUTOR : DR. ASDRUAL MARTIN COLUMBA JOFRE

**La Paz – Bolivia
2017**

PRESENTACIÓN

..... *Un día le dije a mi Madre.....!!No me gusta el Derecho..!!*

En eso, vi que el brillo de sus ojos se apagaba, sentí el frío de su alma y sin saber qué es lo justo, había aprehendido a ser injusto, hacia el ser que más amaba....

Me senté y para cubrir la desnudez de mi conciencia me puse a escribir "La Tesis de Grado"; Vulneración Del Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos Y Del Pacto De San José De Costa Rica, Por El Art.123 De La Constitución Política Del Estado Plurinacional Con Relación A La Retroactividad De La Ley.

*A mi Madre, **Jeanet Salut Perez Torrez**. A mi Padre **Alfredo Jorge Zambrana Sea**. A mi Hermanito **Deynor Angel Zambrana Pérez** y a ese amor incondicional **Jeannet B. Usnayo Ch.***

AGRADECIMIENTO

A Dios nuestro señor omnipotente, porque su divina presencia me ilumine y me permita alcanzar los objetivos trazados de mi vida, con firmeza, lealtad y honestidad.

A la Universidad Mayor de San Andrés, la carrera de Derecho, a los docentes por el apoyo incondicional en mi formación profesional y desarrollo personal.

*Agradezco profundamente a quien considero como un hermano mayor **José Luis Paredes Oblitas**, por confiar en la vocación de mi persona, en abrirme el espectro de enseñanza y experiencia.*

*A la vez agradecer la guía de mi tutor, el **Dr. Asdrual Columba Jofre**, por la colaboración desasida para la conclusión de la presente Tesis de Grado.*

DEDICATORIA

“Porque no sois vosotros los que habláis, sino el Espíritu de vuestro Padre que habla en vosotros”

Mateo 10: 20

¿Has recibido el don de hablar en público? Entonces, habla como si Dios mismo estuviera hablando por medio de ti. ¿Has recibido el don de ayudar a otros? Ayúdalos con toda la fuerza y la energía que Dios te da. Así, cada cosa que hagan traerá gloria a Dios por medio de Jesucristo. ¡A él sea toda la gloria y todo el poder por siempre y para siempre! Amén.

1 Pedro 4: 11

A nuestro Dios Padre.

Al señor Jesús del Gran Poder La Paz – Bolivia.

A la Santísima Virgen María de Copacabana - La Paz - Bolivia.

Guíenme en los caminos que me toque desafiar y nunca dejen que pierda la fe.....

Si fuera la última letra de mis ojos, agradecería a Dios por mostrarme la sonrisa del alma y el frescor de una lagrima que nutre mi conciencia.

Dedicado con profundo reconocimiento a las personas de cuyo ejemplo de enseñanza y amistad constituyen la guía permanente de mi vida y constantemente inspiran superación en su apoyo incondicional.

ETZP

RESUMEN ABSTRAC

El artículo 123 de la actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, establece que en delitos de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado, opera la retroactividad de la Ley Penal.

Es importante puntualizar que nuestro ordenamiento jurídico jerárquicamente está conforme lo establece el artículo 410 de la C.P.E., está conformado por: 1) La Constitución Política del Estado, 2) Los tratados internacionales, 3) La leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 4) Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.

El artículo 123 in fine de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, vulnera el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por lo que se debe reformar parcialmente la constitución conforme lo prevé en su artículo 411 núm. II.

Mi objetivo principal es demostrar que el principio de la retroactividad de la ley penal del artículo 123 in fine de la Constitución Política del Estado Plurinacional, contradice al artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO	ii
DEDICATORIA.....	iv
RESUMEN ABSTRAC	v
ÍNDICE	vi
1. ENUNCIADO DEL TEMA.....	1
2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	1
3. PROBLEMATIZACIÓN	2
4. DELIMITACIÓN.....	2
4.1 Delimitación Temática.....	2
4.2 Delimitación Temporal	2
4.3 Delimitación Espacial	3
5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA	3
6 OBJETIVOS DEL TEMA	4
6.1 Objetivo General	4
6.2 Objetivos Específicos.....	4
7. MARCO TEÓRICO	5
8. HIPÓTESIS DEL TRABAJO.....	6
8.1. Identificación de Variables	6
8.1.1 Variable independiente	6
8.1.2 Variable dependiente.....	6
8.2 Unidades de Análisis	7
9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	7
9.1 Métodos Generales.....	7
9.2 Métodos Específicos.....	8
10. TÉCNICAS UTILIZADAS	8
10.1 Técnica Documental	9
10.2 Técnica de la entrevista	9
11. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	9
11.1 El Fichaje	9

11.2 El Cuestionario.....	10
---------------------------	----

CAPÍTULO I

MARCO HISTÓRICO

1.1 Antecedentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	11
1.2 Antecedentes de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).....	12
1.3 Antecedentes de la Constitución Política del Estado de Bolivia con relación a la Retroactividad de la Ley.....	14
1.4 Antecedentes de la Constitución Política del Estado de Bolivia con relación al Principio de Legalidad.....	19
1.5 Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0770/2012	21

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Teoría sobre la Irretroactividad de la Ley.....	23
2.2 Teoría Clásica de la irretroactividad de la ley	25
2.3 Naturaleza Jurídica del Principio de Irretroactividad de la Ley	29
2.4 Fundamento de la irretroactividad.....	29
2.5 Finalidad de la irretroactividad	31
2.6. Validez temporal de la ley penal	33
2.6.1 La no extractividad de las leyes penales	34
2.6.2 La retroactividad e irretroactividad de la ley penal.....	35
2.7 Irretroactividad salvo el caso de nueva ley más benigna.....	36
2.8 Retroactividad como principio absoluto	36
2.9. La retroactividad de la ley penal y el principio de legalidad	38
2.10. El principio de legalidad y la seguridad jurídica	40
2.11. La irretroactividad de la ley penal en los tratados y convenios internacionales.....	42

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO

3.1. Bloque de Constitucionalidad	43
3.1.1. Constitución Política del Estado Plurinacional.....	43

3.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	59
3.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).....	60
3.1.4 Código Penal Boliviano (Ley N° 1768).....	61
3.1.5. Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas (Ley N° 004).....	63
3.1.6. Sentencia Constitucional N° 0770/2012	67
3.2 Legislación comparada	69
3.2.1 Constitución Política del Estado de España	69
3.2.2 Constitución Política del Estado de México	69
3.2.3 Constitución Política del Estado del Perú	70
3.2.4 Constitución Política del Estado de Ecuador	71
3.2.5 Constitución Política del Estado de la República de Venezuela	71
3.2.6 Constitución de la República Federal de Alemania	72
3.2.7 Constitución Política de la Nación Argentina	73
3.2.8 Constitución de la República de Chile	73
3.2.9 Constitución Política del Estado de Colombia	74

CAPÍTULO IV

MARCO PRÁCTICO

CAPÍTULO V

PROPUESTA

CONCLUSIONES	88
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	94
ANEXOS	i
ANEXO 1	ii
ANEXO 2	v
ANEXO 3	ix
ANEXO 4	xiv

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRAFICO N° 1.....	78
GRAFICO N° 2.....	79
GRAFICO N° 3.....	80
GRAFICO N° 4.....	81
GRAFICO N° 5.....	82
GRAFICO N° 6.....	83
GRAFICO N° 7.....	84
GRAFICO N° 8.....	85

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO N° 1 - Tratamiento constitucional de la retroactividad de la ley	14
CUADRO N° 2 - Tratamiento del artículo 256 en el Constitucionalismo Boliviano	18
CUADRO N° 3 - Tratamiento constitucional del principio de legalidad	19
CUADRO N° 4 - Cuadro comparativo del principio de retroactividad de la ley en la constitución política del estado de otros países	75

1. ENUNCIADO DEL TEMA

VULNERACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, POR EL ART. 123 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL CON RELACIÓN A LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

El artículo 123 de la actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, establece que en delitos de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado, opera la retroactividad de la Ley Penal. Esto implica que cualquier conducta definida o prescrita como delito de corrupción por la Asamblea Legislativa Plurinacional, será perseguida como tal aun cuando el hecho haya sido cometido antes de que la ley lo defina como delictivo y esa posibilidad de aplicar retroactivamente una Ley penal sustantiva, contradice los preceptos contenidos en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen que la ley en materia penal no puede ser retroactiva.

En una sociedad democrática y respetuosa de los derechos, libertades y garantías, el Estado no puede sancionar a una persona por un hecho que a tiempo de cometerlo no estaba tipificado como delito por la ley vigente; a esta garantía se ha denominado doctrinalmente principio de legalidad, y es ese principio el que proclaman las normas internacionales precitadas. Resulta muy curioso que el Estado boliviano, por medio de su Asamblea Constituyente, haya aprobado el artículo 123 de la Constitución Política del Estado, en total contradicción con la idea internacional de defensa de la legalidad.

Aunque el problema puede solucionarse fácilmente invocando el artículo 256 de la misma Constitución Política del Estado, ello no quita que el artículo 123 se mantenga en el tráfico jurídico constitucional y mantenga la contradicción con los convenios precitados.

3. PROBLEMATIZACIÓN

La problematización de la investigación se presenta con las siguientes interrogantes:

- ¿El artículo 123 de la C.P.E. al permitir la retroactividad respecto a los delitos de corrupción, entra en contradicción con el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos?
- ¿Qué sucedería si se aplica retroactivamente la ley penal contra hechos que fueron consumados antes de que ellos sean considerados como delitos por la ley penal?
- ¿Es posible solucionar el conflicto de contradicción de la norma Constitucional con la norma Internacional con respecto a la retroactividad de la ley penal proclamada por Bolivia?

4. DELIMITACIÓN

4.1 Delimitación Temática

La presente investigación se encuentra en el campo del Derecho Internacional Público siendo que se estudia la temática de la vulneración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de San José de Costa Rica, por el artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional con relación a la retroactividad de la ley en materia de corrupción.

4.2 Delimitación Temporal

EL estudio del fenómeno jurídico identificado, abarca desde el mes de febrero del año 2009 por ser el año en que se puso en vigencia plena la Constitución Política del Estado Plurinacional hasta el segundo semestre de la presente gestión 2015, Toda vez que en el transcurso de este tiempo se promulgó la ley N° 004 Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz y se dictaron sentencias constitucionales sobre la temática.

4.3 Delimitación Espacial

El campo de estudio por la residencia del tesista estuvo delimitado sobre la aplicación de estas normas en la ciudad de La Paz

5. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA

Bolivia es un Estado de Derecho y como tal forma parte del bloque de Estados de Derecho que respetan las normas Internacionales que han aceptado acatar por medio de tratados y convenios internacionales, que proclaman la reverencia a los derechos humanos, entre ellos la irretroactividad de la ley penal. La redacción del artículo 123 de nuestra Constitución Política del Estado es preocupante siendo que el constituyente a redactarla y ponerla en vigencia contra las normas supranacionales y aún contra la misma norma suprema, contradice también el precepto contenido en el artículo 256 de la misma constitución, así como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es importante puntualizar que nuestro ordenamiento jurídico jerárquicamente está conforme lo establece el artículo 410 de la C.P.E., está conformado por: 1) La Constitución Política del Estado, 2) Los tratados internacionales, 3) La leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 4) Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.

El artículo 13 in fine de la C.P.E., indica: *“Los derechos y deberes consagrados en esta constitución se interpretaran de conformidad a los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”*. Asimismo, el artículo 256 del mismo cuerpo legal indica: *“Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera*

adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente sobre esta” (Bolivia, 2009). Como se puede ver de la revisión de estos tres principales artículos que **los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, integran el bloque de constitucionalidad, además que si un Tratado o Convenio en materia de Derechos Humanos declara algún derecho más favorable que la misma constitución, este es aplicable de manera preferente en cuanto a la Constitución.**

De lo dicho se puede concluir, que los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia, prohíben la retroactividad de la ley penal desfavorable, y solamente permiten la retroactividad de la ley penal más benigna. Por tanto, siendo que los Tratados internacionales integran el bloque de constitucionalidad, y que los mismos deben ser aplicados de manera preferente a la Constitución, la retroactividad de la ley penal prescrita por la misma Constitución Política del Estado y desarrollada por la Ley No. 004, Marcelo Quiroga Santa Cruz, sería inconstitucional y contrario al principio de legalidad.

6 OBJETIVOS DEL TEMA

6.1 Objetivo General

Demostrar que el principio de la retroactividad de la ley penal del artículo 123 in fine de la Constitución Política del Estado Plurinacional, contradice al artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

6.2 Objetivos Específicos

- Desarrollar los antecedentes históricos legislativos de la Constitución Política del Estado Plurinacional con relación al principio de legalidad e irretroactividad

- Establecer la importancia de la aplicación de la teoría de retroactividad de la ley penal más benigna y los principios de legalidad y seguridad jurídica
- Analizar legislación nacional e internacional con relación al principio de retroactividad de la ley penal.
- Consultar legislación constitucional de otros países con relación al principio de retroactividad de la ley penal

7. MARCO TEÓRICO

El marco teórico en el que se basó el trabajo de tesis, fue la doctrina jurídica científica del Positivismo Jurídico, como conjunto de ideas que explican el Estado de Derecho producto de la ilustración del siglo XVIII, que relleva la primacía de la razón sobre el despotismo, la ley sobre la arbitrariedad y la necesidad de vigencia de ordenes jurídicos sistematizados que generen sus normas como derivadas de normas superiores que no deben vulnerarse.

El objetivo del conocimiento para el positivismo es explicar causalmente los fenómenos por medio de leyes generales y universales, lo que le lleva a considerar a la razón como medio para otros fines (razón instrumental) (J., 1986). En consecuencia, Kelsen dice que "positivismo jurídico" es el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe únicamente como "derecho" al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre. En atención a esta definición es que el marco teórico de la presente tesis tiene como base el positivismo jurídico, siendo que en el avance de la investigación (especialmente en el marco jurídico) se toma en cuenta legislación positiva vigente (derecho positivo) las cuales han sido emitidas por los legisladores. Con lo que se pretende también identificar la necesidad e importancia de establecer una modificación al artículo 123 in fine de la Constitución Política del Estado.

Ahora bien, según Comte (BODENHERMER, 1999), el Positivismo Jurídico en el campo de la Jurisprudencia consiste en declarar que el principio y fundamento tanto del conocimiento como de la realidad son los hechos, los contenidos concretos de la experiencia sensible y es precisamente ésta experiencia la que se

quiere transmitir en esta tesis específicamente en el trabajo de campo realizado, siendo que para el positivismo jurídico el conocimiento se basa en la observación y la experimentación, y se expresa con el recurso de la matemática que busca el conocimiento de las Leyes de la Naturaleza para su dominio técnico, en el campo del Derecho el denominado positivismo jurídico o iuspositivismo, la temática tiene relación estrecha con esta teoría, pues el problema se basa precisamente de la observación y al considerar al Derecho como regulación de la coacción, es decir a la fuerza como contenido de las normas jurídicas, concibe la relación entre Derecho y Poder, es decir debe estar normado jurídicamente para que se pueda exigir su observación y aplicación. En ese sentido siendo que existe una contradicción jurídica debe aplicarse las disposiciones constitucionales y de derechos humanos en atención a los principios reconocidos por la Ley Suprema entre los cuales están el principio de irretroactividad de la ley penal y seguridad jurídica.

8. HIPÓTESIS DEL TRABAJO

El artículo 123 in fine de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, vulnera el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por lo que se debe reformar parcialmente la constitución conforme lo prevé en su artículo 411 núm. II.

8.1. Identificación de Variables

8.1.1 Variable independiente

El artículo 123 in fine de la Constitución Política de Estado Plurinacional de Bolivia

8.1.2 Variable dependiente

La vulneración del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

8.2 Unidades de Análisis

- Artículo 116 parágrafo II de la Constitución Política del Estado Plurinacional
- Artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional
- Artículo 256 de la Constitución Política del Estado Plurinacional
- Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Artículo 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

9.1 Métodos Generales

- **Método deductivo**

Este método general, “*consiste en partir de principios y teorías generales para llegar a conocer un fenómeno particular.*” (VARGAS, 2001) Este método fue elegido porque se utilizó los principios y teorías generales, que se aplican con relación a los Derechos Humanos los cuales una vez analizados permitieron conocer la importancia de su aplicación conforme a derecho.

- **Método dogmático jurídico**

El método dogmático jurídico, se refiere al estudio exclusivo de la perspectiva científica jurídica con categorías propias como la norma positiva, la doctrina y la jurisprudencia. “Su objeto central, generalmente lo constituye el orden jurídico positivo presente, que se estudia con ayuda de la doctrina, la historia formal del establecimiento de lo normativo, la filosofía y la lógica jurídica, además de otras materias exclusivamente jurídicas” (WITKER Jorge, 1997, página 67). En ese sentido se aplicó éste método por corresponder la problemática a una normativa jurídica vigente y que merece inmediata modificación.

- **Método analítico**

Este método “consiste en la descomposición, separación, aislamiento del conocimiento a priori en los elementos del entendimiento. Se le libera o se le

desata cada uno de los elementos que integraban la complejidad del objeto. El criterio pormenorizado le posibilita la obtención de toda la información requerida que el investigador necesita, para enriquecer su marco teórico – jurídico”. La información que actualmente existe en la legislación comparada respecto a la irretroactividad de la ley penal desfavorable al imputado es muy amplia, por la naturaleza social y jurídica que tiene, por esta razón se utilizó el método analítico para entender y rescatar datos dentro de la diversa cantidad de la información que se pueda obtener, y poder aislar sólo lo relevante para el contenido de este trabajo.

9.2 Métodos Específicos

- **Método Exegético**

Este método específico, “*consiste en averiguar o buscar cual fue la voluntad del legislador para redactar las disposiciones legales (leyes) vigentes y encontrar el sentido de su regulación*” (Vargas, Metodología de la investigación, 2007). Es a través de este método que se analizó la Legislación Nacional e Internacional, con el propósito de entender cuál fue la voluntad del legislador a momento de promulgar las actuales disposiciones legales referidas a la irretroactividad de la ley y la retroactividad de la ley penal más benigna, así como el principio de seguridad jurídica.

- **Método de las Construcciones lógicas**

El método de las construcciones lógicas pretende la complementación, modificación, reformulación de determinadas figuras jurídicas en la creación de novedosas disposiciones normativas tendientes a solucionar determinadas problemáticas jurídicas. Como objetivo de cualquier proceso de investigación jurídica, en la cual se pretende proponer una normativa se hace vital la aplicación de este método, el cual se utilizó en el capítulo V de la presente tesis.

10. TÉCNICAS UTILIZADAS

Las técnicas utilizadas para la investigación fueron las siguientes:

10.1 Técnica Documental

Para realizar una investigación necesariamente se tiene que determinar la técnica a emplearse, siendo ésta la investigación documental, ello en base al método utilizado, “la técnica o el -cómo hacer- una investigación de este tipo, está referida a la llamada técnica de investigación documental, que implica la localización de la información y su fichaje textual o de contenido, que sirve para fundamentar argumentativamente las partes subjetivas o conjeturas propias de la hipótesis de trabajo respectivas”. Con la aplicación de esta técnica se pudo efectuar la recopilación de datos obtenidos de libros, revistas jurídicas, todo en atención a la delimitación temática del trabajo, siendo que consiste en la “recopilación de información para enunciar las teorías que sustentan el estudio de los fenómenos y procesos”.

10.2 Técnica de la entrevista

La técnica de la entrevista fue muy útil en la presente investigación siendo que es definida como “cualitativa, íntima, flexible y abierta. Ésta se define como una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona y otra u otras. En la entrevista, a través de las preguntas y respuestas, se logra una comunicación y la construcción conjunta de significados respecto a un tema”. Por lo que, fue importante conocer las opiniones de abogados con estudios especializados en materia constitucional e internacional

11. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

En base a las técnicas utilizadas (documental y entrevista) los instrumentos que se aplicaron fueron los siguientes:

11.1 El Fichaje

Siendo la técnica documental, el instrumento apropiado fue el fichaje, toda vez que “es una técnica que permite sistematizar la información para su uso posterior. Para ello se realizan, dice Witker básicamente tres operaciones: una de

organización de los libros seleccionados (fichaje general); otra de ordenación del material extraído de libros para desarrollar los argumentos que integren la unidad temática del trabajo (fichaje específico); y por último la utilización del fichaje para la personalización del contenido asimilado de las fuentes estudiadas o simplemente consultadas”. “En este tipo de fichas se realiza la transcripción de un párrafo que contenga una idea importante para el trabajo de investigación que se está elaborando. La lectura de las fuentes para obtener información se realiza en función del plan de trabajo, es decir, que no se leen de corrido los libros, artículos o documentos, sino solo los capítulos o las partes que servirán a la investigación” Este instrumento permitió resaltar las ideas importantes de los libros, artículos y documentos consultados.

11.2 El Cuestionario

Otra de las técnicas que se utilizó en la investigación fue el cuestionario, que consiste en “...un sistema de preguntas abiertas o cerradas, que tienen como finalidad obtener datos para una determinada investigación”. Entonces, este instrumento fue el adecuado para realizar la técnica de la entrevista porque mediante la elaboración de preguntas realizadas a abogados con estudios especializados en materia constitucional e internacional se pudo conocer la opinión que tienen sobre la vulneración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de San José de Costa Rica, por el artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional con relación a la prescripción en delitos de corrupción.

CAPÍTULO I

MARCO HISTÓRICO

Tomando en cuenta que la temática refiere sobre la disposición del artículo 123 in fine de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, el cual vulnera el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Se encuentra conveniente desarrollar los antecedentes históricos de éstos instrumentos internacionales y la normativa de la irretroactividad de la ley en la Constitución Política del Estado, así como del principio de legalidad.

1.1 Antecedentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

A lo largo de la historia, son muchas las luchas que se han dado en función de que sean reconocidos los derechos que como ciudadanos nos corresponden. En este camino y tras intensas reuniones y búsquedas de acuerdos en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el año 1966 se aprueba un tratado multilateral de carácter general: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diez años después, una vez verificados todos los requisitos establecidos por el propio cuerpo normativo, entra en vigencia y se convierte en uno de los instrumentos de carácter internacional de mayor relevancia en la protección y garantía de esta gama de Derechos.

El trayecto desde la Declaración hasta la actualidad, parece describirse en ocasiones como una historia lineal de avance sostenido y optimista hacia la protección de los derechos de las personas. La realidad es que el PIDCP representa la historia de un periodo turbulento en la política internacional.

A través de la firma de estos pactos los Estados asumen el **compromiso** de respetar y garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y sujetas a su jurisdicción, los derechos que se reconocen en los documentos. También se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en ambos pactos. La importancia de este

compromiso es muy alta. Significa que las personas cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueden interponer un recurso efectivo para su protección, incluso cuando tal violación provenga de quienes desempeñan funciones oficiales. Además, los Estados que firman estos pactos son supervisados y asesorados para cumplir con los compromisos firmados.

En el caso del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, se creó el **Comité de Derechos Humanos**, integrado por dieciocho miembros de los Estados partes en el Pacto. Para elegir a estos miembros se tiene en cuenta que en este comité queden representadas las diferentes formas de civilización y los principales sistemas jurídicos. Los Estados partes en el Pacto deben presentar ante el Comité informes sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso realizado en cuanto al goce de esos derechos. El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** está incluso acompañado del **Protocolo Facultativo del Pacto**. En este documento se consideró que para hacer más eficiente el funcionamiento del Pacto y del Comité era conveniente que se pudieran recibir y considerar denuncias de **individuos** que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos establecidos, entre ellos el artículo 15 que dispone *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*

1.2 Antecedentes de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José surgió de la necesidad de que los países americanos garantizaran el respecto a los derechos humanos de todos los ciudadanos en virtud de los distintos conflictos armados que se suscitaron en diferentes Estados Americanos fue por ello que la

Organización de los Estados Americanos (OEA), el 22 noviembre de 1969 celebró en San José, Costa Rica la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y en ella los miembros de la OEA redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al haber sido ratificado un undécimo instrumento de ratificación por la OEA. A la fecha veinticinco naciones han ratificado o adherido a la Convención los cuales son: Argentina, Barbados, **Bolivia**, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, etc.

Ésta **Convención Americana sobre Derechos Humanos** entró en vigor en el año 1978y es una de las bases del Sistema interamericano de protección de derechos humanos. Los Estados partes en esta Convención se "comprometieron a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que estuviera sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna". Esta Convención consagró diversos derechos civiles y políticos, entre otros: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a la libertad personal y garantías judiciales, derecho al respeto de la honra y reconocimiento de la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento y de expresión, y el derecho a asociarse libremente.

En su Preámbulo, los Estados que firmaron la Convención reafirman su propósito de consolidar en el continente americano y dentro del ámbito de las instituciones democráticas un régimen de libertad personal y de justicia social basado en el respeto de los derechos fundamentales del hombre. Este documento dedica un capítulo a la suspensión de garantías legales, esto se puede realizar en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad de un Estado y por un tiempo limitado, siempre que no sea incompatible con las demás obligaciones que impone el derecho internacional y no sea discriminatorio. **Sin embargo, hay derechos que nunca se pueden suprimir: el derecho a la vida y a la integridad personal, el principio de legalidad y retroactividad, etc.**

1.3 Antecedentes de la Constitución Política del Estado de Bolivia con relación a la Retroactividad de la Ley

La temática en estudio requiere que se tome en cuenta el tratamiento constitucional que ha recibido el tema de la retroactividad de la ley, por lo cual se ha considera apropiado presentarlo de manera sistemática en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 1 - Tratamiento constitucional de la retroactividad de la ley

TEXTO CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA	PRECEPTO	OBSERVACIONES GENERALES
Constitución de 1843	Artículo 89. Ninguna ley puede tener fuerza retroactiva	El principio de irretroactividad de la ley se desarrolla a partir de la Constitución de 1843. Se mantiene sin considerar excepciones hasta la Constitución de 1961 que establece un principio de reserva para que la ley expresamente establezca su carácter retroactivo. No se trata de decir que antes de 1843 la ley era retroactiva, pero es sólo a partir del texto constitucional de 1843 se cuenta con la disposición constitucional. La redacción que posee el texto constitucional vigente empieza a perfilarse en el texto constitucional de 1967, que establecerá la prohibición de irretroactividad de la ley salvo para materia social y penal, y sólo en caso de beneficiar al trabajador y al reo. La redacción de la Constitución de 1967 se mantiene en los textos constitucionales de 1994 y de 2004. El Artículo 123 de la Constitución vigente
Constitución de 1868	No se encontraron antecedentes	
Constitución de 1871	No se encontraron antecedentes	
Constitución de 1878	No se encontraron antecedentes	
Constitución de 1880	No se encontraron antecedentes	
Constitución de 1938	Artículo 31. La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo	
Constitución de 1945	Artículo 31. La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo	
Constitución de 1947	Artículo 31. La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo	
Constitución de 1961	Artículo 179. Las disposiciones sociales son de orden público. Son retroactivas cuando	

	<p>la ley expresamente lo determine.</p> <p>Los derechos y beneficios reconocidos, en favor de los trabajadores son irrenunciables, siendo nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos.</p>	(2009) recoge en parte lo desarrollado en el constitucionalismo boliviano pero añade un lenguaje con características de género e incluye la excepción a la irretroactividad de la ley penal para la materia de corrupción.
Constitución de 1967	Artículo 33. La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente	
Constitución de 1994	Artículo 33. La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente	
Constitución de 2004	Artículo 33. La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente.	
Constitución de 2009	Artículo 123. La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia	

	penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución	
--	--	--

Fuente: Elaboración Propia

Como se puede observar el artículo 33 de la Constitución abrogada decía: “La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo (este es el principio básico), y añadía, “excepto en materia social cuando lo determine expresamente y en materia penal cuando beneficie al delincuente” (éstas eran las excepciones). Concordante a ello el art 16 de la CPE abrogada en el numeral 4) establecía: “Nadie puede ser condenado a penal alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal, ni la sufrirá sino haya sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente, la condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y solo se aplicaran, las leyes posteriores cuando sean favorables al encausado”. (Bolivia, 2009)

En cambio, el actual artículo 123 de la Constitución Política del Estado (CPE) indica: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo”. Hasta aquí total coincidencia. Pero continua, “excepto en materia laboral cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y trabajadores: en materia penal cuando beneficie a la imputada o al imputado” y (nuevo añadido) “*en materia de corrupción para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del estado y en el resto de los casos señalados por la constitución*” (Bolivia, 2009).

Ahora bien, es importante señalar que durante mucho tiempo se ha investigado y se ha discutido en cuanto a la extractividad de la ley penal, la retroactividad y la

irretroactividad de la ley penal, sin embargo, casi todas las legislaciones han coincidido en tanto a la irretroactividad de la ley penal, y solamente la retroactividad de la norma, en determinadas situaciones, más que todo cuando la nueva ley penal es más benéfica para el imputado o el privado de libertad. (Aspecto que se encuentra plenamente reflejado en el marco jurídico – legislación comparada de la presente tesis).

Tal cual se puede evidenciar, la retroactividad de la ley penal, antes solo estaba permitido cuando la nueva ley penal era más benigna, sin embargo, ahora la ley penal también es retroactiva en materia de delitos de corrupción, es decir, que si ahora se tipifican nuevos hechos delictivos en materia de corrupción, los mismos darán lugar al procesamiento de muchas personas que cometieron hechos que antes de su comisión no estaban tipificados como delitos.

Asimismo, se ha discutido mucho sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta ley, si bien es cierto que esta ley fue creada por mandato constitucional (art. 123 del CPE), esta ley va contra los principios fundamentales del Derecho Penal, vulnerando derechos y garantías fundamentales de las personas previstos en Convenios y Tratados Internacionales, pero más aún va en contra del **principio de legalidad** que se traduce en *nullum crimen, nullapoena sine legepraevia*. Por lo que el artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional en su parte de la interpretación más favorable y la retroactividad de la ley penal en materia de delitos de corrupción, no cumple con el principio de irretroactividad de la ley, esto implica que cualquier conducta definida o prescrita como delito de corrupción por la asamblea legislativa Plurinacional, será perseguido y procesado como tal aun cuando el hecho haya sido cometido antes de que la ley lo defina como delictivo. Y esa posibilidad de aplicar retroactivamente una Ley penal sustantiva vulnera y contradice los preceptos contenidos en el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen que la ley en materia penal no puede ser retroactiva.

En una sociedad democrática y respetuosa de los derechos, libertades y garantías, el Estado no puede sancionar a una persona por un hecho que a tiempo de cometerlo no estaba tipificado como delito por la ley vigente, a esta garantía se ha denominado doctrinalmente como principio de legalidad y es ese principio el que proclaman las normas Internacionales precitadas (A.A., 2011). Asimismo, se tiene que el artículo 123 constitucional es contrario con el artículo 256 del cual también se consideró necesario estudiar sus antecedentes. Sin embargo, no se encontró antecedentes.

CUADRO N° 2 - Tratamiento del artículo 256 en el Constitucionalismo Boliviano

TEXTO CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA	PRECEPTO	OBSERVACIONES GENERALES
Constitución de 2009	<p>Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.</p> <p>II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.</p>	<p>La aplicación preferente de tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos es una novedad en el constitucionalismo boliviano. Si bien esta disposición se encuentra emparentada con la noción de bloque de constitucionalidad, que fue implementada por el Tribunal Constitucional en sus fallos desde el año 2001, la posibilidad de descentrar la noción de tratado internacional y de condicionar el derecho más favorable, y en consecuencia la razonabilidad y ponderación al caso concreto, es una novedad en el constitucionalismo boliviano.</p>

Fuente: Elaboración Propia

El Artículo 256 introduce, conjuntamente con otros de la Constitución, la condición de posibilidad para la ponderación de derechos a los casos concretos. El Artículo 256 no presenta reserva legal, en todo caso se constituye en una idea rectora para la interpretación constitucional.

1.4 Antecedentes de la Constitución Política del Estado de Bolivia con relación al Principio de Legalidad

El Artículo 116 se encuentra en el apartado dedicado a las garantías jurisdiccionales. Hace referencia a la presunción de inocencia, el principio que señala que en caso de duda debe aplicarse la solución que beneficie al imputado y el principio de legalidad, éste último es el que será objeto de estudio

CUADRO N° 3 - *Tratamiento constitucional del principio de legalidad*

TEXTO CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA	PRECEPTO	OBSERVACIONES GENERALES
Constitución de 1967	Artículo 16 II. "...La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y solo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado".	En lo que respecta al constitucionalismo boliviano, la presunción de inocencia, así como el principio de legalidad se incorporan en nuestra legislación a partir del texto constitucional de 1967 y se mantienen en los textos constitucionales posteriores.
Constitución de 1994	Artículo 16 IV. "...La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado".	
Constitución de 2004	Artículo 16 IV. "...La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado"	
Constitución de 2009	Artículo 116 II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible".	

Fuente: Elaboración Propia

El principio de legalidad encuentra sus orígenes en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (Ningún delito, ninguna pena sin ley previa), es decir no puede considerarse una acción o una omisión como un delito sin que éste haya sido previamente establecido como tal. En otras palabras, no hay pena, no hay delito, no hay sanción sin una ley previa que lo establezca (describa) de manera clara la conducta típica antijurídica a la cual se sancionará con una pena. Como señala Bustos y Hormozábal No hay delito ni pena sin ley escrita. La ley es el

único principio generador de delitos y penas, esto es, participación de la ciudadanía, transparencia, principio de conocimiento y en definitiva, carácter político de los delitos y las penas. Toda otra fuente del derecho tiene una función sólo complementaria y subordinada para la generación de delitos.

Conforme a lo señalado en el párrafo II del Artículo 116 sólo la ley puede fundar el hecho punible, es decir sólo el instrumento generado por el Órgano Legislativo, conforme a lo determinado en el Artículo 145, puede determinar tanto el delito como la sanción. Asimismo esta ley debe ser anterior al hecho punible, por el principio de publicidad de la norma, es decir de conocimiento por parte de la población de que una determinada acción o conducta es considerada delito y en consecuencia sancionada. En ese sentido, el principio de legalidad establecido en el párrafo II del Artículo 116 debe entenderse en consonancia con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos que en su Artículo 9 señala que *nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.* (Bolivia, 2009) La Convención Americana de Derechos Humanos es parte del Bloque de Constitucionalidad y de aplicación preferente conforme lo establecen los artículos 256 y 410 de la Constitución.

Asimismo el principio de legalidad debe comprenderse como la certeza sobre las normas penales, y la necesidad de su compilación en un Código Penal, y no así en otras normas. Una manera de atentar al principio de legalidad se encuentra en la dispersión de los tipos penales en distintas normas, en distintas leyes. El segundo párrafo hace referencia al principio de legalidad, que se expresa en el adagio: *no hay delito, no hay crimen, no hay pena sin una ley previa que así lo establezca.*

De acuerdo a lo establecido por el Artículo 411 se puede afirmar que el Artículo 116 es rígido, sólo puede ser reformado a través de *una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular.* La vigencia de la

reforma necesitará la aprobación por dos tercios de la Asamblea Constituyente y el posterior referendo constitucional aprobatorio.

Ahora bien, en cuanto a sus antecedentes de redacción para ésta última reforma constitucional se tiene que a partir de la revisión de los archivos de la Asamblea Constituyente, se puede observar que el Artículo 116 se consolida en el Proyecto de Texto Constitucional aprobado en Grande en Chuquisaca. Tiene antecedentes en el Informe de Mayoría de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías). No se encontraron antecedentes en el Informe de Minoría de la mencionada comisión, ni en el proyecto de Constitución presentado por las organizaciones que conforman el Pacto de Unidad. El Artículo 116 se consolida en el Proyecto de Texto Constitucional aprobado en Grande en Chuquisaca, y se registran modificaciones posteriores.

La filial compleja del artículo lleva a encontrar una redacción de la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo* en el Informe de Mayorías de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías), más no se encuentra antecedentes del principio de legalidad. Llama la atención que no se encuentren antecedentes en los informes de minoría en esta Comisión, ni en la propuesta de las organizaciones que conforman el Pacto de Unidad, siendo que estos principios son fundamentales para la organización de un sistema jurídico democrático.

1.5 Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0770/2012

La Sentencia Constitucional Plurinacional emitida en Sucre el 13 de agosto de 2012 entre los fundamentos de su fallo señala¹: Basado en los principios de legalidad (subprincipios de taxatividad y tipicidad) y de irretroactividad de la ley, el fallo constitucional **respecto a la Disposición Final Primera de la Ley 004**, efectuando una interpretación sistemática, teleológica y literal la norma contenida en el art. 123 de la CPE, sostiene que la norma no debe ser entendida en sentido que sea posible sancionar retroactivamente conductas que no estuvieron previamente establecidas en una ley, pues el art. 123 de la CPE, se encuentra en

¹Véase la parte de anexos para tener una lectura completa del texto completo de la Sentencia Constitucional N° 0770/2012

el Título IV, Capítulo Primero relativo a las garantías jurisdiccionales, por lo que debe entenderse como una garantía de seguridad del Estado a favor de los ciudadanos, pues no resultaría lógica la interpretación del establecimiento de garantías a favor del propio poder público. En este sentido para el TCP no resulta admisible que una garantía de los procesados en materia de corrupción sea la de que se les aplique retroactivamente la ley penal sustantiva desfavorable.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha emitido la SS.CC. No. 770/2012 donde ha generado un debate y modula acerca del principio constitucional de la irretroactividad de la ley, existiendo cierta diferencia marcada entre el texto que se encontraba escrito en la Constitución abrogada que era más expreso y claro, y no la duda y confusión que se da con el texto actual²

En conferencia de prensa, el presidente del Tribunal Constitucional, Ruddy Flores, indicó hoy que la sentencia responde a tres convenios internacionales ratificados por el Estado boliviano: La Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los tres convenios internacionales establecen dos situaciones: primero que nadie puede ser condenado por acciones, actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delitos y, segundo, que se impongan penas más graves que la aplicable en el momento de la comisión de un delito.

² Véase la parte de anexos para tener una lectura completa del texto completo de la Sentencia Constitucional N° 0770/2012

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Siendo que entre los objetivos de la presente investigación está el establecer la importancia de la aplicación de la teoría de retroactividad de la ley penal más benigna y los principios de legalidad y seguridad jurídica, a continuación se desarrollan los mismos.

2.1 Teoría sobre la Irretroactividad de la Ley

La aplicación retroactiva de una norma es “aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que ésta entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata” (Rafael, 2008). Para Guillermo Cabanellas la retroactividad es el “efecto, eficacia de un hecho o disposición presente sobre el pasado” (CABANELLAS, 2003). Es decir, es la posibilidad que una norma publicada en el presente tenga efectos para hechos sucedidos en el pasado. La retroactividad de una norma se encuentra discutida por muchas razones, entre ellas porque nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe como lo señala el parágrafo IV del Artículo 14 de la Constitución, obviamente esta condición supone la existencia y conocimiento de esta norma.

La retroactividad de la norma, sobre todo en materia penal, ha sido prohibida tácitamente por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en su Artículo 5 que señala que la ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordena. Asimismo la Declaración de Derechos Humanos que en su Artículo 11 señala que nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional.

Estos imperativos de derechos humanos se encuentran a la vez plasmados en el párrafo II del Artículo 116 que señala que cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.

Asimismo la irretroactividad de la ley (de las normas en general) se ha convertido en un principio constitutivo del principio de legalidad, pues no se puede exigir el cumplimiento de una norma que no se encuentre vigente a momento de la realización de los actos. Las normas establecen en sí una determinada temporalidad: el tiempo del derecho. La temporalidad en materia jurídica se relaciona directamente con el principio de seguridad jurídica, pues las personas tienen el derecho a que sus actos sean jurídicamente permitidos o jurídicamente prohibidos. Conforme a lo señalado en el párrafo IV del Artículo 14 nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban.

La no retroactividad de la ley (y de las normas en general) es una garantía constitucional de naturaleza jurisdiccional, que se expresa en que la ley sólo y únicamente dispone para lo venidero, es decir norma y regula lo que se produce inmediatamente después de su entrada en vigencia, conforme lo establece la Constitución en el Artículo 164 párrafo II: la ley será de cumplimiento obligatorio desde el día de su publicación (...).

La no retroactividad de la ley puede encontrar su fundamentación doctrinal en las teorías de los derechos adquiridos y en la de los hechos cumplidos. La teoría de los derechos adquiridos señala que: Una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden afectarlo. En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido.

El derecho una vez adquirido produce todos sus efectos. Esta teoría trata de garantizar la seguridad jurídica y los derechos de las personas ante cualquier capricho del legislador, en este sentido los derechos adquiridos son derechos consolidados en favor de su titular. La teoría de los hechos cumplidos sostiene que “cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata” de esta manera los hechos se dan por cumplidos bajo el imperio de la ley vigente a momento de la realización de los mismos.

La irretroactividad de la ley se ha convertido en un principio y garantía fundamental del ejercicio de los derechos, como lo señala Cabanellas, la irretroactividad es un “principio legislativo y jurídico según el cual las leyes no tienen efecto en cuanto a los hechos anteriores a su promulgación”. La irretroactividad puede ser: absoluta, que se prohíbe regular todos los hechos anteriores; media, que respeta los hechos y vínculos creados pero regula las modificaciones producidas después; y mínima, que acepta regular algunas circunstancias y hechos debidamente justificados.

2.2 Teoría Clásica de la irretroactividad de la ley

Para brindar un criterio con el fin de determinar cuándo una ley es retroactiva en la hipótesis en que no se trate de hechos o actos simples (sin consecuencias jurídicas de realización constante y reiterada), y ya consumados la teoría clásica, que sobre el particular se ha elaborado y cuyo principal exponente es Blondeau, parte de la distinción entre los derechos adquiridos y las meras expectativas de derechos. Para esta teoría, “los derechos adquiridos son los que han entrado en nuestro dominio formado parte de él, y que no nos puede arrebatar aquel del que los tenemos” (GOZAINÉ, 1994).

De acuerdo con este criterio, “el hombre que goza de un derecho subjetivo reconocido por la ley, no puede ser privado de él por una ley nueva; si no la confianza en la protección social se desvaneciese, el orden público se vería amenazado. El legislador debe, pues, respetar los derechos adquiridos a los particulares, y en caso de duda, cuando no le diga expresamente, hay que admitir

que lo ha querido. Por el contrario, las simples esperanzas (expectativas) no transformadas aún en derechos, no merecen la misma protección y deben incidir en caso de modificación de la ley anterior”.

La teoría de los derechos adquiridos, más que resolver la cuestión de establecer cuándo una disposición legal es o no retroactiva, desplaza el problema, como acertadamente observa Capitant. En efecto, no es tarea fácil determinar en cada hipótesis concreta cuándo se está en presencia de una mera expectativa o de un derecho adquirido, para inferir de ello si la ley que los afecta es o no retroactiva. Además, si para la teoría clásica un derecho adquirido, es aquel que ha entrado en nuestro patrimonio y que, por ende, forma parte de él, ¿qué criterio debe sustentarse para precisar el momento en que se efectúa tal ingreso al dominio jurídico del sujeto? Generalmente dicha teoría acude a la ejemplificación para constatar si tal o cual hipótesis entraña un derecho adquirido o una expectativa de derechos, método que, por ser eminentemente casuista, no es idóneo para brindar bases sobre las cuales fincar un criterio general y uniforme con el fin de resolver la cuestión de la retroactividad de las leyes (GOZAINÉ, 1994).

Por otra parte, aplicando en su rigor las ideas sostenidas por la teoría clásica, un derecho condicional, como lo hace notar Paul Roubier, siempre sería afectado por una ley nueva, no vigente en el momento en que el acto causal se hubiese celebrado, sin ser retroactivo. En efecto, los derechos condicionales no son derechos adquiridos, obviamente, porque su existencia depende de un acontecimiento futuro e incierto (condición), no pudiendo entrar por mayoría de razón, al patrimonio de una persona mientras tal condición no se realice, permaneciendo, por tanto, en la esfera de las meras expectativas. Savigny, que en principio es partícipe de la teoría clásica, sostiene que las reglas aducidas por ésta para resolver el problema de la retroactividad legal deben aplicarse con distinguos, debiéndose diferenciar como él lo hace, entre reglas relativas a la adquisición de derechos y reglas relativas a la existencia de derechos. Bajo el nombre de “reglas relativas a la adquisición pérdida de derechos”, Savigny entiende las reglas que

conciernen “al vínculo que refiere un derecho a un individuo, o la transformación de una institución de derecho abstracta en una relación de derecho concreto”.

Para dicho autor, estas reglas no deben ser retroactivas, como por ejemplo “la ley que decide que la tradición es necesaria (o no es ya necesaria) para la transmisión de la propiedad; la ley que decide que una donación entre vivos debe ser hecha bajo ciertas formas o puede ser hecha, en adelante, sin formalidad alguna. Por “reglas relativas a la existencia o modo de existencia de derecho” Savigny entiende “las leyes que tienen por objeto el reconocimiento de una institución en general o su reconocimiento bajo tal o cual forma antes de que haya o surja la cuestión de su aplicación a un individuo, o sea, de la creación de una relación jurídica concreta”. Este tipo de leyes no puede provocar la retroactividad, “porque cuando se suprimen instituciones generales, no se suprimen sólo para el futuro”. Aubry y Rau introducen nuevas modalidades a la teoría clásica de los derechos adquiridos. Para ellos, los derechos nacen por un hecho del hombre, por su voluntad, no pueden ser afectados por una ley nueva sin que ésta adolezca del vicio de retroactividad. Por el contrario, afirman, cuando se trata de derechos derivados inmediatamente de una ley, éstos son susceptibles de ser modificados por una ley nueva en sus efectos posteriores.

La crítica que a estas ideas hace Roubier consisten patentizar la contradicción en que incurren Audry y Rau al aceptar, por un lado y en términos generales, la tesis de derechos adquiridos, y al considerar, por otro, que los derechos legales pueden ser afectados por una ley nueva sin que ésta participe del vicio de retroactividad, no obstante ser derechos adquiridos conforme al criterio sustentado por la teoría clásica. Bonnacasse aduce un criterio para resolver la cuestión de la retroactividad de las leyes, partiendo de su tradicional distinción entre situaciones jurídicas abstractas y situaciones jurídicas concretas. Las primeras, como meros estados de derecho objetivo, pueden ser modificadas o suprimidas por una ley nueva, sin que ésta sea retroactiva; por el contrario las segundas, que se traducen en los estados particulares de los individuos que se hubieren colocado dentro de los extremos o hipótesis de las situaciones jurídicas abstractas, no pueden ser afectas

por una ley posterior sin que ésta sea retroactiva. Bonnacasse pretende resolver el problema de la retroactividad legal por lo que respecta a los llamados “derechos condicionales”, que para la teoría clásica no eran sino meras expectativas, afirmando que cuando una situación concreta está pendiente de formarse por el no-cumplimiento de una condición, antes de que ésta se realice, la ley nueva, modificativa o extintiva de la situación jurídica abstracta anterior, puede regir o inclusive impedir, la situación concreta por constituirse.

Capitant estima que “toda ley nueva se presume mejor que aquella a la que reemplaza; porque, cuando el legislador hace una innovación, no lo hace sino por el propósito de un mejoramiento y para corregir los abusos existentes. Por tanto, es natural suponer que a querido someter a su imperio no solamente los acontecimientos que podrían realizarse en el futuro sino aun los hechos anteriores, en lo que ve a sus consecuencias que se producirán y de desarrollarán después de su promulgación. Sería ilógico prolongar hacia el futuro los efectos de la ley abrogada y mantener en vigor, detrimento de la regla nueva, las disposiciones que el legislador ha juzgado mejoradas. En consecuencia, se debe aplicar la ley reciente a todas las situaciones jurídicas, a todas las relaciones de derecho existentes en el momento de su promulgación irregular según sus disposiciones y los efectos que produzcan para lo futuro. Tal es el principio al cual, según creemos, se debe uno adherir. Conduce, según lo vemos, a rehusar toda supervivencia a la ley antigua”.

La posición que adopta Capitant frente al problema de la retroactividad legal es aún más deleznable que la que ocupa la teoría de los derechos adquiridos, ya que mientras que ésta pretende resolver tal cuestión aduciendo un criterio que desemboca en el casuismo, dicho autor se contrae a desplazar el problema, aseverando que en todo caso debe aplicarse la ley nueva en detrimento de la antigua por la presunción de mejoramiento que respecto a ésta contiene.

2.3 Naturaleza Jurídica del Principio de Irretroactividad de la Ley

Desde los canonistas antiguos se consideraba que, para que una ley fuese retroactiva, debía tener unas razones muy especiales que ameritaran tal efecto extraordinario. Los estudiosos del derecho canónico estimaban la irretroactividad como derecho divino, al paso que la retroactividad era de derecho humano. La irretroactividad nace en el derecho romano y se extiende luego por el mundo, convirtiéndose en un principio de aplicación de la ley aceptado universalmente; es decir, válido en todos los tiempos y en todos los lugares.

Hay que plantearse tres interrogantes acerca de la irretroactividad de la ley: en primer lugar, cuál es su fundamento; en segundo lugar, cuál es su esencia y, en tercer lugar, cuál es su finalidad. Así puede darse un concepto nítido sobre la naturaleza jurídica del principio de irretroactividad.

2.4 Fundamento de la irretroactividad

El fundamento es la base sobre la cual se asienta o estriba una realidad, y cuando se pregunta cuál es la base que funda la realidad jurídica del principio de irretroactividad, se observa que es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico. Porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

“En general, el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además especialmente cuando se trata de la reglamentación de toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo” (ZEA, 1989).

El orden público exige, en materia tributaria, la existencia del principio de Irretroactividad. Y lo tiene que exigir, porque la noción de orden es la armonía de las partes entre sí y de éstas con el todo. Y no puede haber armonía si no existe adecuación jurídica y sentido de oportunidad de la ley en su aplicación en el tiempo. Si la eficacia de una norma es fuera de oportunidad, es inadecuada, y al serlo se torna en inconveniente; y lo que es contrario al principio de conveniencia regulativa es también contrario, por lógica coherencia, al orden público, pues éste riñe con toda falta de armonía.

El tiempo, dimensión necesaria para el entendimiento humano, determina siempre, directa o indirectamente, el sentido de la oportunidad normativa. Es evidente que la ley tributaria debe tener una eficacia temporal; de ahí que, sobre todo cuando se impone una obligación de hacer, el aspecto temporal es substancial, y entonces el acto de retrotraer abstractamente los efectos reales a situaciones de hecho, que en su momento generaron consecuencias jurídicas proporcionadas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, equivale a otorgar un efecto no adecuado a la verdadera causa.

Igualmente, la seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad. La incertidumbre ante la actuación del Estado impide la seguridad debida a cada uno de los asociados. Si la ley tributaria modifica situaciones jurídicas definidas por el mismo legislador, sin una finalidad de favorabilidad en cuanto a las cargas tributarias, por ejemplo, incurre, no sólo en una contradicción, sino en el desconocimiento del derecho adquirido y legítimamente constituido. La consecuencia, entonces, es que la actividad del legislador estatal deja de cumplir con una finalidad esencial a su razón de ser: la seguridad y tranquilidad de los asociados.

2.5 Finalidad de la irretroactividad

Es el sentido teleológico del principio, es decir, el para qué existe. La respuesta es para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Al respecto son pertinentes las anotaciones que trae Juan José Soler en la Enciclopedia Jurídica Omeba: “La irretroactividad de la ley es una medida técnica escogida para dar seguridad al ordenamiento jurídico. Su zona ontológica no está, pues, en la filosofía jurídica sino en la jurisprudencia o ciencia del derecho (...). La irretroactividad es dentro de la técnica jurídica, un principio de aplicación más que de interpretación previa. La interpretación y la aplicación son operaciones de tracto sucesivo (...). Un error corriente que conviene disipar, es el de considerar a la irretroactividad como un principio que solo sirve al interés privado. Esto explica su inclusión en casi todas las constituciones del mundo entre las garantías y derechos individuales. Pero sin negar su importancia en el Derecho Privado, resalta su trascendencia en el derecho público. Sirve al individuo pero también a la colectividad, acaso en mayor grado, porque tiende a dar firmeza al ordenamiento jurídico, que es de carácter social. (OMEBA, 1962)

“La irretroactividad es un principio que reza con la relación jurídica, la cual es siempre intersubjetiva. De donde resulta un pleonasma, decir que a la ley no hay que darle efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, como se lee en el derecho mexicano, porque los beneficios o perjuicios de una retroacción, recaen exclusivamente sobre las personas, que son los sujetos activos y pasivos en todo negocio jurídico, y nunca sobre las cosas.

“La irretroactividad puede estar consignada en la ley fundamental o en las leyes ordinarias. En el primer caso se dice que es constitucional, y, en el segundo, meramente legislativa. la diferencia salta a la vista. En la irretroactividad constitucional, las restricciones, si las hay, son permanentes -dura lo que dura la ley fundamental- en tanto que en la irretroactividad legislativa, las condiciones son variables y quedan sometidas al libre criterio del legislador”

.La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente.

Lo anterior indica que no se trata de un principio absoluto, pues el universo jurídico no admite posiciones de tal carácter, por ser una coordinación de posibilidades racionales. La racionalidad exige, pues, antes que formas únicas e inflexibles, una sana adecuación de la forma jurídica al contenido material que se ha de ordenar. Es por ello que el principio de irretroactividad no riñe con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, y que en materia tributaria debe amoldarse a las exigencias de la equidad tributaria, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales tanto el valor de las deudas, como otros factores determinables por la realidad fiscal del momento, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación es clara. En efecto en la Sentencia C-511 de 1992, con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte señaló:

“En principio la Constitución no establece una proscripción de los perjuicios que puedan atribuirse a las mutaciones legislativas, de otra parte necesarias y permanentes. Si bien el ordenamiento constitucional garantiza los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (Constitución Política, artículo 58), ellos se circunscriben a las situaciones jurídicas individuales, subjetivas o concretas, creadas o consolidadas bajo el imperio de la ley (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, magistrado ponente Dr. Jacobo Pérez escobar)”.

Por regla general, cuando una legislación es promulgada y sancionada, es mandada a publicar para que entre en vigencia en la fecha exacta que ha sido

dispuesto en ella misma; por ejemplo, en las últimas disposiciones se incluyen estos dos títulos: a) vigencia; y b) derogatoria. Debido a que la ley no tiene carácter retroactivo, por regla general; tiene que especificar la fecha exacta en que entrará en vigencia; así: el presente decreto entrará en vigencia 8 meses después de su publicación en la gaceta oficial. Asimismo, expresa: las leyes, decretos y disposiciones que serán derogados, precisa y exactamente en el momento en que la nueva ley entre en vigencia.

2.6. Validez temporal de la ley penal

Jiménez de Asúa respecto indica que “La vida de la ley se desenvuelve entre dos momentos: el instante en que nace por promulgación y publicación y aquel en que muere por derogación”.

Ahora bien, cabe hacer notar que de la promulgación viene la ejecutoriedad y de la publicación surge la obligatoriedad. Benjamín Miguel (HARB, 1998) al respecto dice: “la promulgación es un acto jurídico de derecho público mediante el cual el Presidente de la República o en su defecto el Presidente del Congreso (ARIAS LOPEZ, 2010), ponen en vigencia una ley para que se tenga y cumpla como ley de la República. La publicación es hacer conocer a los habitantes del país la existencia de una ley y que al mismo tiempo le imprime la obligatoriedad, salvo disposición contraria de la misma ley”.

En cuanto al nacimiento de las leyes penales surgen algunos problemas, los cuales refieren a la retroactividad e irretroactividad de la ley penal, como son: a) La aparición de leyes y delitos nuevos que antes no existían; b) Leyes y delitos que desaparecen; c) Leyes y delitos que se suceden. La derogación de la ley penal equivale a su muerte, de ese momento pierde vigencia, las tipificaciones que hace y las penas que señala pierden fuerza de ley y se convierten en historia penal sin coercibilidad, exigibilidad y obligatoriedad.

A decir de Jiménez de Asua (JIMÉNEZ DE ASUA, 1964), la vigencia de una ley cesa: a) por otra ley posterior, que expresamente deroga la primera, o que

tácitamente la abroga, por tener disposiciones contrarias o regular de modo completo la materia tratada en la anterior; b) por llevar en el propio texto o en el de otra ley, de igual o superior rango, la fecha de su caducidad (leyes temporales; c) por haber desaparecido el objeto, las circunstancias o privilegios personales que la dieron nacimiento.

En Derecho Penal tiene vital importancia la vigencia de la ley, ya que existen muchas modificaciones en las relaciones sociales dependiendo al momento en el que nos encontremos. Así, algunas conductas que en su momento se consideraban graves (tráfico de alcohol en Estados Unidos en los años 30), y que posteriormente son legalizadas. Por el contrario hechos que no tenían mayor relevancia en el pasado en el presente se consideran graves y que además afectan a la comunidad internacional (Narcóticos). Por tanto ese, precisamente, el problema de la vigencia de la ley penal (VILLAMOR LUCIA, 2007).

2.6.1 La no extractividad de las leyes penales

Se excluye la aplicabilidad de una ley cuando el hecho ocurre antes o después de su vigencia. Con esto afirmamos el principio de no retroactividad y no ultractividad. *Tempus regitactum* (JIMÉNEZ DE ASUA, 1964). En derecho penal vale este principio, pero la propia índole restrictiva de libertad de las leyes penales impone una excepción: retroactividad de la ley penal favorable (JIMÉNEZ DE ASUA, 1964). Podemos fijar al fin la siguiente máxima: **no extractividad de las normas penales más restrictivas de la libertad**. Con ello queda planteado y casi resuelto el problema de la retroactividad o ultractividad de la más favorable.

Según Quiroz y Lecoña (QUIROZ, 2011), la retroactividad de la ley penal es la fuerza que tiene la ley sobre el pasado, es decir, la calidad de retrotraer el reconocimiento de ciertos derechos que pertenecen al pasado. Asimismo por irretroactividad según los autores antes señalados, se entiende que la norma no es regresiva, solo es aplicable en el presente y en el futuro.

Ahora bien, la irretroactividad de la ley penal, responde al principio de legalidad, con su exigencia de *lex praevia*, la retroactividad de la **ley penal más favorable** para el reo no infringe el sentido limitador de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad. EL sujeto podría contar, cuando actuó, con una determinada pena y, sin embargo, la aplicación retroactiva de la ley posterior le deja sin castigo o le disminuye la pena. De ahí que esta clase de retroactividad favorable no se oponga al significado liberal del principio de legalidad. Siendo así, resultaría inadmisibles seguir aplicando la ley anterior más desfavorable para el reo cuando, ya derogada, ha dejado de considerarse necesaria para la protección de la sociedad (MIR PUIG, 2007).

2.6.2 La retroactividad e irretroactividad de la ley penal

Una de las manifestaciones materiales del principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal es tanto la prohibición de dictar leyes con efectos retroactivos desfavorables como de aplicarlas a hechos cometidos anteriormente a la entrada en vigencia de la ley, y de igual forma en el sentido perjudicial para el afectado (RUIZ ANTON, 1993).

Ahora bien, la admisión de la retroactividad de la ley penal, o sancionadoras en general, más benignas para el encausado, no suponen una suspensión, olvido o, aún menos, vulneración del principio de legalidad (ARROYO ZAPATERO, 1983), ya que el principio de irretroactividad de la ley penal se funda en un principio de no perjudicar al procesado o reo, sin embargo cuando eso no sucede, y más al contrario beneficia al procesado o reo, la retroactividad de la ley penal es aceptada, ya que el mandato de retroactividad de las leyes penales más favorables no es una simple excepción a la general prohibición de retroactividad de las leyes penales, ni menos aún una concesión graciosa o facultativa del legislador o de los órganos jurisdiccionales, sino es una exigencia inmediata derivada de la función de garantía de la libertad individual que se atribuye al principio de legalidad penal y que, como tal, forma parte de su contenido esencial (HUERTA TOCILDO, 1993).

2.7 Irretroactividad salvo el caso de nueva ley más benigna

Esta doctrina se formula diciendo que debe aplicarse la ley bajo cuyo imperio se cometió el delito, salvo en el caso en que la ley nueva sea más benigna. Es decir, que se establece, como regla general, la no retroactividad de la ley nueva, y como excepción, la retroactividad de la nueva ley más favorable. Esta es la doctrina imperante en los escritores y en las legislaciones contemporáneas.

Consecuencia directa de la función de garantía de la seguridad jurídica es la prohibición de que las normas sancionadoras se apliquen a aquellos hechos que, cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, no constituían delito o estaban menos gravemente castigados. Dicha función garantizadora no se opone, sin embargo, a que la nueva ley se aplique retroactivamente cuando resulte más favorable, ya sea porque procede a despenalizar ciertas conductas antes consideradas delictivas, ya porque las sanciona con penas menos gravosas. En tales casos, la función de garantía de la seguridad jurídica inherente a la prohibición de retroactividad de las leyes penales pierde su razón de ser, que no es otra que la de proteger al individuo frente a una aplicación sorpresiva del *ius puniendi*, y cede el paso a la función de la garantía de la libertad individual asimismo implícita en el principio de legalidad, impidiendo que se sigan restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando ya no se juzga necesario, o que pervivan unas sanciones cuya gravedad ha sido cuantitativa o cualitativamente atenuada (HUERTA TOCILDO, 1993).

Nuestra legislación está acorde a esta teoría, con excepción de la retroactividad de la ley penal desfavorable en materia de corrupción.

2.8 Retroactividad como principio absoluto

Esta doctrina propugna la aplicación en todos los casos de la nueva ley punitiva. Se la denomina teoría de la retroactividad absoluta o incondicional. Se justifica por los clásicos que defienden esta tesis, porque las leyes son instrucciones dadas por la ley vigente al tiempo del proceso. Otros afirman que la ley es la expresión de los

justo en un determinado momento, que corresponde al progreso social, y por ello debe aplicarse la ley nueva. La doctrina formulada no distingue, en lo fundamental, entre ley más severa y más benigna.

Luis Jiménez de Asua (JIMÉNEZ DE ASUA, 1964) nos dice que los casos en los que puede presentarse la retroactividad de la ley penal son cuando: a) la nueva ley establece un tipo de delito antes no existente; b) la nueva ley suprime un tipo de delito que antes existía; c) la nueva ley, manteniendo el tipo, introduce, en cuanto le concierne, modificaciones que agravan o atenúan sus consecuencias.

- **Nuevo tipo delictivo**

Cuando la nueva ley introduce un tipo nuevo delictivo que no existía en la anterior, tiene pleno imperio el principio *tempusregitactum*; es decir, que el acto perpetrado bajo la vigencia de la ley antigua no es punible. Debemos entender que si en una nueva ley penal se introduce un nuevo tipo penal, el mismo no debe ser sancionado si es que en la ley penal anterior no se consideraba delito, ya que lo contrario supondría una violación flagrante al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

- **Abolición de tipos delictivos**

Cuando la nueva ley no considera como punible un acto castigado como delito por la ley anterior derogada, los hechos cometidos bajo el imperio de la ley antigua se estiman como si ya no estuviesen penados; es decir, que nos hallamos ante la excepción de *tempusregitactum*, y se reconoce la retroactividad de la ley penal más benigna.

Esto sucede cuando una ley penal sanciona una conducta, y la misma con el paso del tiempo y con la modificación de la ley penal, al momento de procesar al que cometió el hecho ya no constituye delito, estamos frente a la ultractividad de la ley penal favorable, es decir, que rige la ley anterior en beneficio del procesado o del reo.

- **Nuevas disposiciones modificativas**

Puede ocurrir que una ley nueva, manteniendo el tipo de delito, sea tan solo modificativa de la precedente. Estas modificaciones pueden referirse a los principios generales, ora al contenido del delito, o bien a sus consecuencias. En conjunto la nueva ley puede ser más favorable o más perjudicial para el encausado, en el primer caso se aplicara el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna; y en el segundo caso el encausado será juzgado con la anterior ley, entonces estaremos frente a la ultractividad de la ley penal.

2.9. La retroactividad de la ley penal y el principio de legalidad

El principio de legalidad fue altamente desarrollado por Cesare Beccaria (BECCARIA, 2005) en su obra “De los delitos y de las penas”, y él escribía: *“...solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de las misma sociedad.”*

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo ***nullum crimen, nullapoena sine lege***, procedente, pese a su formación latina, de Feuerbach, quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución francesa. En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El principio de legalidad no es solo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera solo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y de las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo (MIR PUIG, 2007).

Según Susana Huerta Tocildo (HUERTA TOCILDO, 1993), puede afirmarse que la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables obedece ante todo a la

función de la garantía de la seguridad jurídica atribuida al principio de legalidad penal, la exigencia de reserva absoluta de la ley en este ámbito no constituye una consecuencia derivada de la idea de seguridad jurídica, sino un postulado indisolublemente unido a la función de garantía de libertad individual, asimismo asignada a dicho principio desde el mismo momento en que fue gestado.

A partir de estas premisas, la doctrina penal se muestra pacífica al considerar que ese doble significado del principio de legalidad queda perfectamente reflejado en la siguiente fórmula: ***nullum crimen, nullapoena sine legepraevia, scripta, stricta et certa***. Con ella se expresan, en forma sintética, las distintas exigencias que integran el contenido esencial del referido principio: 1) Reserva absoluta de ley en sentido formal; 2) **Irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables**; 3) Exigencia de tipicidad y consiguiente exclusión de la costumbre y de la analogía como fuente de delitos y penas; 4) Exigencia de taxatividad en la descripción de las conductas típicas.

Ahora bien, en cuanto a la exigencia de una ***lexpraevia*** se expresa la *prohibición de retroactividad de las leyes* que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en el que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena (MIR PUIG, 2007).

Según Santiago Mir Puig (MIR PUIG, 2007), el principio de legalidad exige distintos aspectos y/o garantías: La garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución, que todas, además, prohíben la retroactividad de la ley penal desfavorable, además se debe imponer ciertos requisitos a la norma jurídica las cuales son: *lexpraevia, lexscripta y lexstricta*.

- a) La **garantía criminal** exige que el delito se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*).

- b) La **garantía penal** requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nullapoena sine lege*).
- c) La **garantía jurisdiccional** exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y un procedimiento legalmente establecido en una ley.
- d) La **garantía de ejecución** requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.
- e) La exigencia de una **lexpraevia** se expresa en la **prohibición de retroactividad** de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición, con la excepción de la retroactividad de la ley penal más favorable.
- f) La exigencia de **lexscripta** indica que la fuente de los delitos y de las penas debe estar plasmado en una norma escrita, desde luego, excluida la costumbre, y tampoco basta cualquier norma la misma debe tener el rango de ley emanada del Poder Legislativo, por el **principio de reserva de la ley en materia penal**.
- g) La exigencia de **lexstricta**, impone un cierto grado de **precisión** de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (*analogía in malam partem*).

2.10. El principio de legalidad y la seguridad jurídica

- **Principio de legalidad**

Todos los actos que se realizan están sujetos a la ley y solo así aseguran el impero de la misma, reflejando este principio la supremacía de la norma y hacer ver a su vez que la actuación que tienen todos los entes de aplicación de justicia no sea libre sino que está vinculada a un ordenamiento jurídico. El principio de legalidad hace su énfasis principalmente en la observación de todas las normas, por lo que se debe encontrar tipificados en todos los ordenamientos escritos o

consuetudinarios en los que se tenga que sujetar al poder (jurídico) público, a determinadas normas de observancia obligatoria.

Este principio de legalidad en materia penal tiene aplicabilidad de una forma genérica, hace mención que una persona solo puede ser juzgada por un hecho que cometió con posterioridad a la vigencia de la ley. Éste hace su énfasis en la Seguridad Jurídica “buscando evitar arbitrariedad de los jueces”

- **Seguridad Jurídica**

La seguridad jurídica es patrimonio común de la cultura del estado de derecho. En todas las constituciones de los Estados de Derecho están prohibidas las leyes penales retroactivas y la punibilidad de un hecho debe estar suficientemente determinada. La seguridad jurídica es un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado. La seguridad jurídica es además una exigencia de la igualdad ante la ley.

La influencia de la seguridad jurídica sobre los órganos del estado, se tiene que la sujeción a la ley garantizada por el Estado de Derecho, se hace efectiva y rige primero los órganos del estado, pero de manera diferente para cada uno. Donde el Órgano Legislativo está sometido al orden constitucional. En el ámbito del Poder Judicial deben basarse en la constancia, ya que tras una fase de derecho controvertido, deben asegurar perdurablemente el orden jurídico. Aquí la fuerza de cosa juzgada de las sentencias judiciales sirve como un constitucionalmente firme elemento del principio de Estado de Derecho. Es por eso que la Seguridad Jurídica le corresponde prioridad sobre la justicia material

Seguridad Jurídica es la garantía que tiene toda persona a que se le respeten sus derechos por parte del Estado y éste tiene la obligación de hacer cumplirlos.

2.11. La irretroactividad de la ley penal en los tratados y convenios internacionales

Uno de los tratados más importantes en materia de Derechos Humanos sin duda alguna es la Declaración Universal de Derechos Humanos (ESPINOZA CARBALLO, 2009), la misma que en su art. 11 inc. 2) indica: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del hecho”*. Tal como se puede evidenciar este tratado internacional en materia de derechos humanos tan importante, prohíbe la retroactividad de la ley penal, sin embargo, deja el camino libre a la legislación interna de cada país a poder aplicar una nueva ley penal más benigna.

Asimismo, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (ESPINOZA CARBALLO, 2009) en su artículo 9, bajo el nomenjuris de Principio de legalidad y de retroactividad proclama: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello”*. Esta normativa internacional en materia de Derechos Humanos claramente prohíbe la retroactividad de la ley penal desfavorable, sin embargo, también prevé la retroactividad de la ley penal más benigna, lo cual si es aplicable.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 15 indica: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión de delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*. Este instrumento legal igualmente prohíbe la retroactividad de la ley penal desfavorable, sin embargo, permite y prevé la posibilidad de la retroactividad cuando la nueva ley penal es más benigna.

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO

Tomando en cuenta que entre los objetivos específicos del presente trabajo de investigación está el Analizar legislación nacional e internacional con relación al principio de retroactividad de la ley penal y Consultar legislación constitucional de otros países con relación al principio de retroactividad de la ley penal, a continuación se desarrollan y analizan los mismos.

3.1. Bloque de Constitucionalidad

Nuestro ordenamiento jurídico está conforme establece el artículo 410 de la Constitución Política del Estado, está conformado por: 1) La Constitución Política del Estado, 2) Los tratados internacionales, 3) La leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena 4) Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. Y es en ese orden que se analizará la normativa en la presente tesis.

3.1.1. Constitución Política del Estado Plurinacional

El Artículo 123 se encuentra en el Capítulo I (Garantías Jurisdiccionales) perteneciente al Título IV (Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa) de la Primera Parte de la Constitución Política del Estado (Bases Fundamentales del Estado Derechos, Deberes y Garantías). El artículo está compuesto por un párrafo en el cual se desarrolla la irretroactividad de la ley y las excepciones a la misma, el cual se encuentra redactado de la siguiente manera:

Artículo 123. La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en

materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución (Bolivia, 2009).

Conforme a lo establecido en el Artículo 123, la irretroactividad tiene cuatro excepciones: la primera en materia laboral (siempre que sea en favor de la trabajadora o del trabajador); la segunda en materia penal (si hay beneficio a la imputada o imputado), la tercera en materia de corrupción (para investigar, procesar y sancionar delitos de corrupción) y la cuarta, que no establece materia pues deja abierta a otros casos establecidos en la Constitución.

Las primeras dos excepciones corresponderían a una irretroactividad media, pues se relacionan con el beneficio de trabajadores (*in dubio pro operario*) y de imputados (*in dubio pro reo*). No modifican el hecho, sólo regulan modificaciones producidas después. La tercera excepción sería de irretroactividad mínima, casi inexistente, pues se refiere a una materia penal en particular, materia de corrupción. Esta tercera excepción se debe sopesar, primero, con la segunda excepción de la irretroactividad, pues sólo se pueden aplicar las normas que beneficien a los imputados, y en un segundo momento, se debe sopesar con los derechos y garantías establecidas en la misma Constitución (Artículo 14, párrafo IV, Artículo 116, Parágrafo II), así como en la normativa internacional de derechos humanos que conforme a lo señalado en los artículos 256 y 410, puede ser invocada si declara un derecho más favorable a los dispuesto en la Constitución.

Asimismo no se debe olvidar que conforme a lo establecido en el Artículo 109, todos los derechos constitucionales son directamente aplicables. Cabe aclarar que la Constitución Política del Estado por sí misma no establece un efecto retroactivo, sino lo establece de manera excepcional para las leyes en materias laboral, penal y corrupción.

Ahora bien, **en materia de corrupción**, conforme a lo establecido por la Constitución, la ley podrá tener efectos retroactivos para *investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado*, en consonancia con la no tolerancia a los hechos de corrupción establecidos en el artículo 112 que señala “*Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad*”. El deber establecido en el numeral 8 del Artículo 108 de la Constitución: es deber de todo boliviana y boliviano denunciar y combatir la corrupción.

Empero, esta excepción en materia de corrupción es necesaria puntualizarla más a detalle: Primero, Bolivia es un Estado de Derecho, conforme a lo establecido en el artículo 1 que señala que Bolivia es un Estado Unitario Social de Derecho. En consecuencia es un Estado cuyas autoridades se encuentran sometidas a la Constitución y las leyes vigentes. Conforme a lo dispuesto en el párrafo II del artículo 164 la ley es de cumplimiento obligatorio desde el día de su publicación, y por lógica no se puede cumplir una ley que no hubiera sido publicada. En materia penal la sanción se debe fundar en una ley anterior al hecho punible, como lo señala el artículo 116, párrafo II. Por lo tanto, si Bolivia es un Estado de Derecho debe someterse a lo establecido en la Constitución y las leyes únicamente vigentes.

Segundo, habría una contradicción en materia penal, pues sólo se aplica la retroactividad si beneficia al imputado, en este caso, un servidor público acusado penalmente por algún delito de corrupción, es también un imputado, en consecuencia le es aplicable la ley retroactivamente sólo si lo beneficia.

Tercero, la aplicación retroactiva de una norma penal para procesar y sancionar transformaría al derecho penal de acto a un derecho penal de autor.

Cuarto, esta excepción no fue contemplada en los Informes de Mayoría y Minoría de la Comisión 3 (Derechos, Deberes y Garantías) de la Asamblea Constituyente, es decir que una parte de la voluntad constituyente no la prevé.

Quinto, es posible encontrar una contradicción entre esta excepción al principio de irretroactividad de la ley y los siguientes Artículos:

Artículo 14

IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban. (Bolivia, 2009)

El artículo 14 establece parte de las disposiciones generales para aplicar el catálogo de derechos constitucionales. El párrafo IV expresa en parte, el principio de seguridad jurídica. Las personas individuales no pueden estar indefensas frente al poder público, por ello es necesario que si hay algo prohibido sea expresamente establecido en la Constitución y las leyes.

Artículo 116

I. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado.

II. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible. (Bolivia, 2009)

El Artículo 116 desarrolla la presunción de inocencia, así como el principio denominado *in dubio pro reo* (en caso de duda rige la norma más favorable al imputado, en consonancia con la retroactividad de la norma penal en caso de beneficio a la imputada o al imputado), y desarrolla el principio de legalidad *Nullum crimen, nullapoena sine praevialege* (Ningún delito, ninguna pena sin ley previa), es decir, no puede considerarse una acción o una omisión como un delito sin que éste haya sido previamente establecido como tal.

Por otra parte, del análisis del artículo 123 de la ley suprema también se encuentra una contradicción con la prescripción del artículo 256 de la misma ley suprema que a la letra dice:

Artículo 256

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables. (Bolivia, 2009)

El Artículo 256 hace referencia a derechos más favorables contenidos en tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Por ejemplo la Convención Americana de derechos humanos en su artículo 9 señala que *nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*

Asimismo la Corte Interamericana en el Caso Vélez Loor contra Panamá³, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, sostuvo que:

En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo. El Tribunal

³Conforme a lo establecido en la Sentencia Constitucional SC 0110/2010 R del 10 de mayo de 2010: *las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del 'Estado Constitucional' enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos.*

ya ha tenido oportunidad de expedirse en cuanto a la aplicación del artículo 9 de la Convención a la materia sancionatoria administrativa. A este respecto ha precisado que “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

Conforme a lo establecido en el Artículo 256, en el Artículo 13, parágrafo IV, y en el Artículo 410 de la Constitución vigente, la labor interpretativa de los derechos fundamentales debe tomar en cuenta la normativa internacional de derechos humanos. Y conforme a lo establecido en el Artículo 116 que garantiza el principio *in dubio pro reo* y el principio de legalidad en materia penal, se puede señalar que cualquier norma⁴ que pretenda la retroactividad en materia penal de corrupción para agravar el procesamiento o la pena, tendría vicios de inconstitucionalidad, y en consecuencia sería susceptible de ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Por lo señalado, la excepción de retroactividad en casos de corrupción puede tener las complicaciones de ingresar en contradicción con el ejercicio de derechos fundamentales y la consolidación de hechos y actuaciones presentes. Esta excepción puede atentar la seguridad jurídica de los derechos y actos de los funcionarios públicos que se desarrollan en el presente, pasado y futuro, pues en un futuro pueden ser comprendidos como delitos que vulneran principios y

⁴En la legislación vigente es la Ley 004 del 31 de marzo de 2010, Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, la que ha definido una estrategia de lucha contra la corrupción e hizo uso de la retroactividad de algunos delitos, creados y modificados por la misma Ley 004. Sin embargo, mediante la Sentencia Constitucional Plurinacional 0770/2012 del 13 de agosto de 2012 se establece que: *[se] permite la aplicación retroactiva del derecho penal sustantivo contenido en la Ley 004, siempre y cuando su aplicación por los jueces o tribunales sea en el marco del principio de favorabilidad*. Es decir que sí es aplicable la retroactividad pero sólo si favorece al imputado.

derechos establecidos en la misma Constitución y en normas e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En el resto de los casos señalados por la Constitución

Esta excepción a la irretroactividad de la ley parece no tener mucho sentido, dado que la Constitución Política del Estado no establece otros casos de retroactividad de la norma. Tal vez se deba considerar esta excepción si en un futuro una reforma constitucional parcial (Artículo 411) estableciera otros casos de retroactividad de la ley, aunque como se señaló antes la retroactividad es una excepción que se debe justificarse, y que no debe reñir con los derechos fundamentales ni el Bloque de Constitucionalidad.

Según el Autor Wilder Quiroz (QUIROZ QUISPE, 2010), el artículo 123 de la Constitución amplía la concepción clásica dualista de retroactividad de la ley, abriendo la posibilidad de juzgar a los ex funcionarios por delitos de corrupción. Entonces a partir de este texto constitucional, debemos entender que la retroactividad, no solo será entendida como aquella institución benefactora para las personas en materia laboral y penal, sino también para el Estado en materia de corrupción de funcionarios.

La Constitución de Bolivia claramente permite la retroactividad de la ley penal desfavorable, siempre y cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios o ex funcionarios públicos que cometan actos delictivos en materia de corrupción, asimismo prevé la retroactividad de la nueva ley penal más benigna.

Uno de los elementos caracterizadores del Estado de derecho es la no aplicación retroactiva de las leyes. Este elemento se materializa en el principio fundamental de la irretroactividad de la ley, lo que significa que, en resguardo de la seguridad jurídica, las normas legales no pueden aplicarse a aquellos actos jurídicos o situaciones jurídicas que ya han acaecido en el pasado.

En un verdadero Estado democrático constitucional de derecho, la ley solo prevé para lo venidero, no tiene aplicación retroactiva, salvo cuando es más favorable

para la persona procesada por haber cometido un delito, o en materia social y laboral cuando es favorable a los trabajadores y está expresamente prevista por la ley. Ello porque una aplicación retroactiva de la ley lesionaría la predictibilidad, la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad de la administración del derecho.

El actual artículo 123 de la Constitución Política del Estado (CPE) indica: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo”. Hasta aquí total coincidencia. Pero añade, “excepto en materia laboral cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y trabajadores: en materia penal cuando beneficie a la imputada o al imputado” y –nuevo añadido– “EN MATERIA DE CORRUPCIÓN PARA INVESTIGAR, PROCESAR Y SANCIONAR LOS DELITOS COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS CONTRA LOS INTERESES DEL ESTADO Y EN EL RESTO DE LOS CASOS SEÑALADOS POR LA CONSTITUCIÓN”.

Artículo 256

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados Internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables. (Bolivia, 2009)

El Artículo 256 se encuentra en el apartado dedicado a las relaciones internacionales del Estado boliviano, Capítulo Primero (Relaciones Internacionales) que corresponde al Título VIII (Relaciones Internacionales, Fronteras, Integración y Reivindicación Marítima) de la Segunda Parte de la Constitución Política del Estado (Estructura Organización Funcional del Estado).

Hace referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos que declaran derechos más favorables a los contenidos en la Constitución. Asimismo señala que los derechos se interpretarán de acuerdo a estos instrumentos.

El artículo está compuesto por dos párrafos: el primero establece que los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos que declaren derechos más favorables a los establecidos en la Constitución se aplican de manera preferente sobre ésta; el segundo establece como criterio de interpretación de los derechos constitucionales a los tratados internacionales de derechos humanos. De acuerdo a lo establecido por el Artículo 411 se puede afirmar que el Artículo 256 es semirrígido, puede ser reformado de dos maneras: a través de una reforma total o a través de una reforma parcial de la Constitución. En el caso de una reforma total de la Constitución a través de *una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular*. En el caso de una reforma parcial *mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios o por iniciativa popular*. Pero, la vigencia de toda reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

A partir de la revisión de los archivos de la Asamblea Constituyente, se puede observar que el Artículo 256 se consolida en el Proyecto de Texto Constitucional aprobado en Grande, en Detalle y en Revisión en Oruro, por lo que no presenta variaciones en el Proyecto de Texto Constitucional ajustado en el H. Congreso Nacional. Se encuentran antecedentes tanto en el Proyecto de Texto Constitucional Aprobado en Grande en Chuquisaca, como en los informes de la Comisión 20 (Fronteras Nacionales, Relaciones Internacionales e Integración) de la Asamblea Constituyente.

La apertura de la Constitución a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos en busca de derechos más favorables a los establecidos en la Constitución, es una novedad en el constitucionalismo boliviano. Ahora bien el tema de tratados internacionales de derechos humanos debe ser entendido como aquellos acuerdos internacionales suscritos entre dos o más Estados destinados a crear, modificar o suprimir una relación en materia de derechos humanos, o que

traen consigo el reconocimiento de nuevos catálogos de derechos, o nuevos razonamientos y alcances respecto a los mismos.

Para Santiago Martínez y Amador Martínez un tratado es: El nombre genérico por el que se denomina cualquier acuerdo entre dos o más Estados (u otros sujetos del derecho internacional) sometido al Derecho Internacional, y que crea una obligación jurídica para los mismos. Por otra parte, a veces se da esta denominación a algunas formas específicas más solemnes de aquellos. Puede recibir los más diversos nombres: Acuerdo, Convenio, Convención, Protocolo, Canje de Notas. En la medida en que contienen un acuerdo de voluntades entre Estados (u otros sujetos del Derecho Internacional), todos ellos son Tratados internacionales en sentido amplio (MARTINEZ, 1993).

Conforme a lo establecido en la Constitución Política del Estado, en sus artículos 255, 257, 258 y 259, los tratados internacionales tienen como característica el cumplimiento de una serie de solemnidades y formas (CABANELLAS, 2003)⁵, tanto para su negociación, suscripción y ratificación, que van mucho más allá de lo determinado por la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969. Conforme a la narrativa constitucional, para hablar de manera apropiada de un tratado internacional no basta sólo el acuerdo de partes, sino que se deben cumplir un conjunto de requisitos constitucionales para adquirir el estatus jurídico de tratado internacional. Conforme a lo establecido en el numeral 9 del Artículo 202 el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene como atribución realizar el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales, justamente para observar el cumplimiento de estas solemnidades y formas, además de los contenidos de fondo de los tratados antes de la ratificación de los mismos⁶.

⁵ Las formas y solemnidades son requisitos externos de la mayoría de los actos jurídicos. Como señala Cabanellas la forma está constituida por "elementos, condiciones y solemnidades que deben observarse para la formalización válida o para la eficacia de un acto jurídico" CABANELLAS, Tomo IV 2003, página 95

⁶ Conforme a jurisprudencia comparada, la Corte Internacional de Costa Rica en su Sentencia N° C-178/95 ha señalado que "esta vía tiene un carácter preventivo, puesto que como se ha dicho, al ser el control de constitucionalidad un procedimiento judicial previo al perfeccionamiento del instrumento internacional y posterior a la sanción de la ley que lo aprueba debe concluirse que sin fallo de constitucionalidad de la ley proferido por la Corte Constitucional el jefe de Estado no puede adelantar actuaciones enderezadas a perfeccionar el instrumento por ninguno de los diversos procedimientos. Entonces el control de constitucionalidad es un requisito indispensable, conforme a la jurisprudencia comparada.

Sin embargo cabe destacar que respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Constitución Política del Estado, genera una narrativa distinta que diferencia este tipo de tratados de otros tratados internacionales en otras materias. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 410, parágrafo I, los Tratados y Convenios Internacionales en materia de derechos humanos forman parte del Bloque de Constitucionalidad, es decir son parte de la Constitución y en consecuencia tienen rango constitucional, es decir, no se encuentran ni por encima de la Constitución, ni por debajo de la misma, sino que forman parte de ella.

El Artículo 256 hace referencia a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, tratando de descentrar justamente el tratamiento que se realiza para otros Tratados Internacionales en otras materias que no sean derechos humanos. Esta referencia a tratados e instrumentos internacionales, permite admitir la caracterización que realizan Santiago Martínez y Amador Martínez respecto a que el denominativo *tratado* es genérico a otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como ser los convenios, las convenciones, las cartas, entre otras denominaciones. Sin embargo para evitar confusiones el Artículo 256 introduce el término *instrumentos internacionales* de derechos humanos. De esta manera el Artículo 256 amplía la noción de tratados a instrumentos, un término aún más genérico, pues por instrumento se puede entender a cualquier documento que en tanto herramienta jurídica posibilite ampliar el catálogo de derechos establecido en la Constitución.

Esta ampliación en la comprensión de la noción de *tratado internacional de derechos humanos*, a partir de la introducción del término *instrumento internacional de derechos humanos*, permite comprender porque estos tratados e instrumentos pueden ser aquellos que han sido sólo firmados, o que el Estado sólo se hubiera adherido, sin establecer el requisito formal de la ratificación, que es una solemnidad que se exige, sin distinción, a todos los demás tratados internacionales.

Esta concepción de tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos genera las bases y elementos para descentrar también a la Constitución boliviana de la caracterización que comúnmente se realiza a partir de las teorías monistas y dualistas de los tratados internacionales.

La teoría dualista se basa en la yuxtaposición entre el orden internacional y los órdenes nacionales: “El orden internacional no tiene un efecto interno directo. Para que las normas internacionales tengan efectos en el orden nacional existe la necesidad de recurrir a un doble mecanismo de recepción y de transposición. Por una parte, la norma internacional tiene que ser introducida por un acto interno especial, como la promulgación que prevé sus condiciones de aplicación” (James, 2012).

Como señala Travieso, para la teoría dualista los sistemas jurídicos se hallan separados, “distinguidos por sus fuentes y por los sujetos que los regulan, no es posible una penetración e integración”. Por otro lado, la teoría monista señala que “el derecho interno y el derecho internacional forman un solo cuerpo de reglas y son aplicables juntos por los mismos órganos a los mismos sujetos”. Siguiendo a Travieso “el derecho internacional no requiere ninguna transformación o recepción para darle fuerza obligatoria y deroga de pleno derecho las reglas de derecho interno que sean incompatibles con él”

Conforme a lo dispuesto en los artículos 256 y 410, los tratados internacionales de derechos humanos, es decir las normas internacionales de derechos humanos no son un cuerpo de reglas independiente, sino que la Constitución las hace parte de sus reglas, es decir la Constitución sigue siendo la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, sólo que hace parte de sí a los Tratados Internacionales de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, y no así a todos los tratados internacionales o a todas las normas internacionales, es más, conforme a lo establecido en el párrafo II del Artículo 410, los otros tratados, es decir los tratados internacionales de materias ajenas a los derechos humanos se encuentran por debajo de la Constitución, es decir tienen un valor infra constitucional.

Ahora bien, siguiendo el razonamiento de James Graham: En realidad no hay un monismo. Esto que se llama monismo, es en realidad una forma particular del dualismo. En efecto, es la constitución la que decide si el derecho nacional es dualista o monista. En otras palabras, si la constitución prevé un sistema enmarcado en el monismo, se trata en realidad de una recepción y de una transposición general de las normas internacionales, y no de una recepción y transposición norma por norma como se hace en un sistema de dualismo puro. Al final, el monismo es nada más una modalidad del dualismo. Y esta conclusión es normal. El derecho internacional es un derecho voluntarista. No en el sentido extremo como lo defendieron Triepel y Jellineck que el derecho internacional tiene que ceder ante la soberanía nacional; al contrario, es porque la soberanía nacional aceptó respetar al derecho internacional.

Asimismo la Constitución boliviana va más allá, porque si bien es la misma Constitución la que habilita a los tratados internacionales de derechos humanos en una lógica similar al monismo, no los habilita como una norma superior a la Constitución, es decir, la Constitución conserva su estatus de norma de normas (o *norma normarum* en el lenguaje kelseniano) y a la vez norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano (Artículo 410) en una lógica similar al dualismo, entonces, la Constitución abre la posibilidad de un pluralismo jurídico que contemple tanto a la normativa internacional como a la constitucional en igualdad de condiciones, ampliando de esta manera la argumentación entre teorías monistas o dualistas.

Siguiendo la narrativa constitucional, los tratados internacionales en derechos humanos también deben ser tomados como un criterio de interpretación constitucional. Toda interpretación supone la toma de una decisión respecto a la manera de ponderar y entender un derecho. El párrafo IV del Artículo 13 señala que los derechos y deberes consagrados en la Constitución *se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia*, asimismo el párrafo II del Artículo 256 reitera una vez más que *los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los*

tratados internacionales de derechos humanos, sin embargo establece una condición muy importante: que esta interpretación procede si y sólo si, los tratados internacionales de derechos humanos prevean normas más favorables.

Debe repararse en esta condición de derechos más favorables establecido en el Artículo 256, en consecuencia no se trata de una aplicación acrítica y no razonada del derecho internacional de los derechos humanos, sino que es una aplicación preferente, que se determina en y para el caso concreto, es decir en cada caso singular, en el que se argumente y justifique que para este caso es más favorable la norma internacional que las disposiciones constitucionales, porque se declara un derecho más favorable. Para que un Tribunal, un juez o cualquier autoridad pondere el derecho más favorable, los derechos deben guardar entre ellos un mismo valor, sólo de esta manera es posible la ponderación.

Lo que nos lleva a hablar sobre la aplicación preferente de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. El Artículo 256, conjuntamente con los artículos 410, párrafo I, y 13 párrafo IV generan las posibilidades de una aplicación preferente de los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, el Artículo 256 permite comprender un alcance amplio de esta aplicación preferente.

Primero, descentra la condición de tratado internacional, generando, como se había mencionado, una narrativa distinta cuando se trata de un tratado internacional de derechos humanos. Es decir que los tratados internacionales de derechos humanos son distintos a los otros tratados internacionales de otras materias. Esto impacta en la comprensión del Artículo 410, pues el Artículo 256 establece que no es un requisito inexcusable la ratificación, y en consecuencia amplía la comprensión de tratados a instrumentos internacionales de derechos humanos, ampliando el radio de acción a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Segundo, establece como condición de esta aplicación preferente la necesaria ponderación de derechos más favorables, es decir que el tratado o instrumento

internacional de derechos humanos es de aplicación preferente, e incluso es condición de interpretación, si y sólo si presenta derechos más favorables a los establecidos en el catálogo de derechos consignados en la Constitución, en la aplicación al caso concreto. Esto impacta en la comprensión del Artículo 13, parágrafo IV, en el que se establece que los derechos y deberes se interpretarán conforme a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, generando entonces la condición de que estos sean más favorables, sólo así procede esta aplicación preferente.

Entonces, por aplicación preferente debe entenderse a la aplicación más favorable, y en consecuencia es preferente porque es más favorable, la condición de una aplicación preferente se encuentra en la búsqueda de lo más ajustado al caso concreto. Sin embargo, debe aclararse que para la ponderación se realiza sobre derechos que formalmente tiene el mismo valor.

El mandato del artículo 256 señala, entonces, que debe privilegiarse las interpretaciones que habiliten y extiendan la normatividad de derechos más favorables, es decir que generen mayores posibilidades de vivencia de los derechos. Este mandato debe entenderse conforme a lo dispuesto en los literales b y d del Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (...) d. Excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.* (Humanos, 1978) La interpretación no deja de ser una querrela discursiva, que sin embargo debe prestar atención al caso concreto. Sólo se interpreta la disposición abstracta porque hay un caso concreto, el cual demanda, exige la interpretación para la aplicación de la disposición.

Por otra parte el art 410 de la CPE parágrafo II menciona: “La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, y goza de primacía frente a

cualquier otra disposición normativa. El Bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1.- Constitución Política del Estado

2.- Los tratados Internacionales

3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.

4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Esto significa que la base del bloque constitucional asume que la norma Constitucional está por encima de cualquier otra, sin embargo, se puede establecer que lo determinado en el art 256 de la CPE, en lo que refiere a los derechos humanos están por encima de la Constitución en lo que establece el art I y II de la presente norma Constitucional, siendo claro y determinante que su aplicación se antepone a lo más favorable en los Tratados y Convenios a los contenidos en la Constitución, y que prevean dicha norma.

Se concluye que el art 123 de la CPE vulnera los art 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud que la ley no puede ser retroactiva y solo es favorable para lo venidero, sin embargo la última parte del art 123 señala que se puede investigar delitos en materia de corrupción inclusive con anterioridad a la puesta en vigencia de la CPE que fue en fecha 21 de octubre del 2008, esto significa que viola los principios de legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad, por lo que se incurre en contra de la certidumbre y certeza que en todo proceso deben ser los que primen y no así entrar en una inseguridad no de la propia ley sino de quienes administrar justicia, que en su momento actúan por presión

política y no enmarcados en el principio de legalidad, es más lo peor de todo es que se estaría vulnerando los propios tratados y convenciones que nuestro país ratificó, en su oportunidad y que connota una vulneración en las normas vigentes.

3.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (texto completo) y su entrada en vigor fue el 23 de marzo de 1976, con relación a la temática establece lo siguiente:

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. (Unida, 1976)

El precepto previamente redactado se encuentra debidamente enfocado a las garantías que debe otorgar un Estado de derecho en materia procesal, pues extrayendo texto del preámbulo de éste pacto se tiene que no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, esa libertad a la cual hace referencia debe ser entendida como aquella seguridad de todas las personas de que sus derechos no serán desconocidos y sentirse libre de que sus acciones u

omisiones serán juzgadas únicamente si existe una ley previa que lo determine, más aún si se trata de actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según la legislación interna o internacional, con lo cual se observa el principio de legalidad.

Ahora bien, el mismo preámbulo del pacto establece que comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto, se tiene que si una persona se encuadra en lo que la ley determina y no comete ilícito alguno entonces no debe tener el temor de ser juzgados por actos u omisiones que en su momento no eran considerados ilícitos, de la misma manera lo entiende el Pacto de San José de Costa Rica.

3.1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscripta en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en el ámbito de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor en el año 1978, establece el principio de legalidad y retroactividad en su artículo noveno.

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. (Humanos, 1978)

Esta disposición es clara, al determinar el principio de legalidad para todas las personas, *nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el*

momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, es decir que los actos u omisiones que se consideren delictivos deben estar previamente establecidos aplicando el principio no hay pena sin ley previa que lo establezca. Asimismo, tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Es decir, la retroactividad que afecte negativamente al imputado no puede aplicarse, no se tiene reconocido la retroactividad de la norma desfavorable, pero sí se tiene reconocido la retroactividad de la ley más benigna si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Como se puede apreciar, de manera clara y expresa, ambos Pactos Internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de San José) establecen el principio de legalidad y éste último la retroactividad sólo cuando beneficie al imputado. Por lo que la Constitución Política del Estado Plurinacional en su precepto del artículo 123 in fine al establecer la excepción de la retroactividad de la ley en materia de corrupción para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado, contradice y vulnera el principio de legalidad y retroactividad de la ley más benigna o favorable establecida en los pactos citados.

3.1.4 Código Penal Boliviano (Ley Nº 1768)

El Código Penal boliviano en cuanto al **principio de legalidad** y a la **retroactividad de la ley penal**

Artículo 4 (En cuanto al tiempo). Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella. Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o de la vigente en tiempo intermedio, se aplicara

siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será esta la que se aplique. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las leyes dictadas para regir solo durante un tiempo determinado se aplicaran a todos los hechos cometidos durante su vigencia.” (Bolivia, Código Penal Boliviano (Ley N° 1768), 1997)

Para garantizar la estabilidad de los actos jurídicos nuestra Constitución adoptó de la Legislación Civil el principio de irretroactividad de la ley, que en el Derecho Privado es absoluto como lo establece el Código Civil, al establecer que la ley es irretroactiva. El principio de legalidad base para garantizar la libertad y seguridad jurídicas en nuestra legislación tanto Constitucional, Penal como Procesal Penal prácticamente está sobreentendiendo. Empero, claramente ésta disposición penal establece *“nadie puede ser condenado o sometido a medidas de seguridad o a una pena si a tiempo en que se cometió el hecho no se hallaba establecida en la ley”*. Conforme se tiene de la revisión de este artículo, que si bien ha quedado parcialmente derogado tácitamente por la disposición derogatoria de la Ley No. 004, la retroactividad de la ley penal está prohibida, sin embargo se acepta la retroactividad cuando la ley penal es más benigna.

Por ello, se considera importante mencionar la diferencia que existe entre la retroactividad y la ultraactividad de la ley, debido a que no se debe olvidar, que frente a la retroactividad de la ley penal más benigna, está la ultraactividad, pues mientras la retroactividad mira hacia el pasado, la ultraactividad se proyecta hacia el futuro, frente a una ulterior ley penal más gravosa, en ése mismo criterio afirma el Dr. Rodolfo Melgarejo del Castillo que: *“si a momento de consumarse el delito regía la ley penal más benigna, ésta se aplicará frente a una ley penal posterior más severa.”* (MELGAREJO, 2000). Consecuentemente, las leyes que se sucedan en el tiempo, deben analizarse por separado, es decir: *“no pueden mezclarse varias leyes para formar la más benigna, sino que deben compararse todas ellas y seleccionarse la que se considere más favorable”* (FONTAN Balestra, 1999)

3.1.5. Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, Ley de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas (Ley N° 004)

Concretamente se puede afirmar que a partir de la Nueva Constitución Política del Estado y por mandato del artículo 123 del mismo cuerpo normativo, se promulgó la Ley N° 004 el 31 de marzo de 2010 por el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Evo Morales Ayma, el cual permite la retroactividad de la ley penal en materia de corrupción, la cual tiene por objeto establecer mecanismos, y procedimientos en el marco de la Constitución Política del Estado, leyes, tratados y convenios internacionales, destinados a prevenir, investigar, procesar y sancionar actos de corrupción cometidos por servidoras, servidores públicos, ex servidoras, ex servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, y a personas naturales o jurídicas y representantes legales de personas jurídicas, públicas o privadas nacionales o extranjeras que comprometan o afecten recursos del Estado, así como el de recuperar el patrimonio afectado del Estado a través de los órganos jurisdiccionales competentes (Bolivia, Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz, Ley N° 004 , 2010).

Esta ley además de reconocer la retroactividad de la ley penal desfavorable, introduce la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción, es decir, que además de ser retroactiva la ley penal es imprescriptible los hechos que antes no constituían delitos y que fueron cometidos hace muchísimos años. Ahora bien, como ya se ha mencionado en un verdadero Estado democrático constitucional de derecho, la ley solo prevé para lo venidero, no tiene aplicación retroactiva, salvo cuando es más favorable para la persona procesada por haber cometido un delito (un delito que estaba previamente tipificado). Ello porque una aplicación retroactiva de la ley lesionaría la predictibilidad, la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad de la administración del derecho. Asimismo, es adecuado recordar que uno de los elementos caracterizadores del Estado de derecho es la no aplicación retroactiva de las leyes y que éste elemento se materializa en el principio fundamental de la irretroactividad de la ley, lo que significa que, en

resguardo de la seguridad jurídica, las normas legales no pueden aplicarse a aquellos actos jurídicos o situaciones jurídicas que ya han acaecido en el pasado.

Es así que la ley N° 004 además de atentar contra los derechos y garantías fundamentales de las personas reconocidas por la misma Constitución y por los Tratados y Convenios Internacionales, va en contra del Principio de Legalidad de los delitos y de las penas. Empero, con la Ley N° 004 se puede investigar, procesar y sancionar aquellos actos u omisiones que en el momento de cometerlo, no constituían delitos. Sin embargo, ahora pueden ser condenados por los actos anteriores que realizaron y que además pudieron cometerlo hace muchísimo tiempo, ya que esta clase de delitos actualmente son imprescriptibles.

Es necesario recordar que en muchas ocasiones esta ley fue criticada, ya que indicaron que en esta ley empieza el Derecho Penal del Enemigo, seguido por Gunter Jackobs, ya que esta ley está dirigida a investigar, procesar y sancionar a ex funcionarios del Estado, los cuales cometieron actos u omisiones que en momentos de cometerlo no constituían delito alguno. La Disposición Final Primera de la Ley N° 004 dispone la aplicación retroactiva de las normas previstas por el artículo 25 numerales 2) y 3), las que al crear los tipos penales del Enriquecimiento Ilícito y el Enriquecimiento Ilícito de Particulares, son normas de naturaleza sustantiva. En ese sentido la Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, basada en la Constitución, establece de manera clara la retroactividad en materia de corrupción, se aplica para juzgar a personas que hubiesen cometido delitos antes de su promulgación. Se reitera que se trata de delitos que no estaban tipificados como tales en el momento de su comisión, o penas que hoy son mucho más severas que cuando se cometieron los delitos. Esos son los aspectos aberrantes de ésta ley.

Está claro que el artículo 123 en ese punto específico y la mencionada Ley, vulneran todos los tratados internacionales sobre el tema, empezando por el acuerdo internacional más importante e incuestionable, citado líneas arriba. El legislador pretende sustentar dicha aplicación retroactiva en las normas previstas por el artículo 123 de la Constitución Política del Estado. En atención a ello, el

Tribunal Constitucional ha dictado a este propósito una sentencia que de manera elegante pone en su lugar el despropósito del artículo 123 de nuestra Constitución y repone el principio de la irretroactividad como principio universal que Bolivia no puede pasar por alto. No es, en consecuencia, solamente un “estate quieto” a la Ley anticorrupción, sino un criterio conceptual de validez para toda la Constitución. Entre los fundamentos de tan trascendental fallo se destaca la segunda consideración: “Por el principio de seguridad jurídica se encuentra vedada la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa...en cuyo caso debe aplicarse la ley penal sustantiva vigente al momento de cometer el ilícito...”.

De esta manera el Tribunal endereza una de las mayores aberraciones de nuestra Carta Magna y nos pone “a derecho” con relación a los tratados internacionales que la propia Constitución reconoce como normas de cumplimiento obligatorio por parte de Bolivia. Si la Asamblea Legislativa asumiera la profundidad de lo que esta sentencia implica, debiera proceder a la modificación del artículo 123 en lo pertinente al mencionado fallo del Tribunal, lo que cerraría una página penosa de nuestra historia constitucional.

En cuanto a la Ley 004 en sí misma, lo importante en este caso es el distingo inequívoco. Si bien los delitos de corrupción no prescriben, su juzgamiento deberá hacerse necesariamente con la ley vigente en el momento de su comisión. Irónicamente, la Ley anticorrupción, cuya filosofía no se puede menos que compartir, solo es aplicable para los delitos de esa naturaleza cometidos después de su promulgación el 31 de marzo de 2010. En otras palabras, es aplicable exclusivamente contra los funcionarios del gobierno del Presidente Morales.

Los juicios por corrupción contra funcionarios que cometieron delitos antes del surgimiento de la Ley, deberán seguirse basados en las normas existentes sobre el tema antes de la fecha mencionada. La decisión del Tribunal, como no podía ser de otra manera, no afecta en absoluto el contenido conceptual de la norma ni el trabajo de lucha contra un flagelo que ha afectado de manera sistemática al Estado a lo largo de su historia, por lo tanto no hay que celebrarlo como un debilitamiento de la capacidad de las autoridades de Transparencia en la

realización de su trabajo, hay que celebrarlo en tanto impide la vulneración de derechos humanos básicos y el riesgo más que evidente de que la ley pudiera convertirse en un instrumento de persecución más allá de lo justo y proporcionado.

El secreto de la lucha contra la corrupción no está en la dureza de una ley y menos en un diseño que la convierte en arbitraria, está en la combinación adecuada de educación, prevención y castigo justo y oportuno. Está además en dejar claro en los hechos que ni la Ley ni el ministerio de Transparencia son el martillo que usa el poder para destruir a sus enemigos políticos.

No se puede hacer otra cosa que destacar este fallo que permite abrigar alguna esperanza en torno al imperativo republicano de la independencia de órganos. Si bien el art. 123 de la Constitución, a tiempo de proclamar el principio de irretroactividad de las leyes prevé que excepcionalmente se aplicará retroactivamente la ley en materia de corrupción. Empero, dicha norma tiene que ser interpretada en concordancia práctica con lo previsto por el art. 116.II de la misma Constitución, por cuyo mandato “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”; el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuyo mandato “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. (Unida, 1976)

Aplicando los principios de la unidad de la Constitución y de la concordancia práctica, se puede concluir que la aplicación retroactiva de la ley sobre corrupción, sólo alcanza a las normas procesales, excluyendo toda posibilidad de aplicación de las normas sustantivas que crean nuevos tipos penales; una conclusión en sentido contrario infringiría las normas de la Constitución y de los tratados internacionales referidos.

Ahora bien, aun realizando una interpretación literal o gramatical de la norma prevista por el artículo 123 de la Constitución se arriba a la misma conclusión. En

efecto, los verbos rectores empleados por la norma son: Investigar, que significa descubrir el delito, identificar al autor y acumular los indicios y medios de prueba; Procesar, que significa someter a juicio a la persona sindicada de cometer un delito para que el acusador demuestre su culpabilidad y el sindicado desvirtúe la acusación; y Sancionar que significa imponer un castigo o pena prevista por ley a la persona acusada de haber cometido el delito una vez demostrada su culpabilidad.

Los verbos rectores denotan el ámbito procesal de la ley y no el sustantivo; son concordantes con lo previsto por los artículos 116.II y 178.I de la Constitución; así como con lo consagrado por el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, con la interpretación literal o gramatical también se concluye que la aplicación retroactiva de la ley sobre corrupción sólo alcanza a las normas procesales y no así a las normas sustantivas que crean tipos penales o establecen y agravan las sanciones para los tipos penales. De lo referido se puede concluir que la Disposición Final Primera de la Ley N° 004, al disponer la aplicación retroactiva de normas sustantivas, es inconstitucional, por lo tanto es contrario a los principios del Estado democrático de derecho.

3.1.6. Sentencia Constitucional N° 0770/2012

El Tribunal Constitucional Plurinacional determinó anular el principio de retroactividad de la ley 004 de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas "Marcelo Quiroga Santa Cruz", con la Sentencia Constitucional Plurinacional 0770/2012 del 13 de agosto de 2012⁷. La sentencia responde a tres convenios internacionales ratificados por el Estado boliviano: La Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los tres convenios internacionales establecen dos situaciones: primero que nadie

⁷ Ésta sentencia constitucional se encuentra adjunta en la parte de anexos, resaltado en sus partes relevantes con la temática

puede ser condenado por acciones, actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delitos y, segundo, que se impongan penas más graves que la aplicable en el momento de la comisión de un delito. "El Tribunal Constitucional ha verificado que la ley 004 debe ser interpretada, debe ser entendida en el marco de esos tratados internacionales, esto significa que las disposiciones de la ley 004 no pueden ser aplicadas de forma retroactiva cuando la sanción sea más grave o cuando el hecho por el cual se está juzgando no hubiera constituido delito en el momento en el que se ejecutó", pero el principio de retroactividad no sólo se anula en la ley 004, que "es constitucional", sino también "en cualquier otra norma que establezca tipos penales, figuras penales, (las cuales) no pueden ser aplicadas de forma retroactiva", "la única excepción para que una norma en materia penal pueda ser aplicada retroactivamente es cuando sea más beneficiosa a la persona que está siendo investigada". Así mismo, el carácter retroactivo se da cuando el delito es de acción "permanente o continuo" "o sea cuando no ha terminado de surtir los efectos de cometerse el delito".

Sobre los casos particulares, el Tribunal Constitucional sostuvo que las autoridades judiciales deben aplicar la norma vigente al momento de cometerse el hecho delictivo. "El Tribunal Constitucional Plurinacional está dejando el precedente de que la ley Marcelo Quiroga Santa Cruz, en cuanto a las sanciones que prevé la misma, no pueden ser aplicadas retroactivamente, entonces estamos velando por una garantía constitucional, que las normas no se aplican retroactivamente en tanto no beneficien a las personas investigadas o a quien está siendo investigado". La sentencia 0770 se da ante la acción de inconstitucionalidad concreta presentada por Miriam Mendoza Mercado, abogada de oficio del ex prefecto de Cochabamba Manfred Reyes Villa y otros, quienes demandaron la inconstitucionalidad de los artículos 24, 34, 36 y 37 y la disposición final primera de la ley 004, que fue promulgada 31 de marzo del 2010.

Los ocho delitos de corrupción que creó la ley 004, además de otros contenidos en el Código Penal, son: Uso indebido de bienes y servicios públicos;

Enriquecimiento ilícito; Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado; Favorecimiento al enriquecimiento ilícito; Cohecho activo transnacional; Cohecho pasivo transnacional; Obstrucción de la justicia; y Falsedad en la declaración jurada de bienes y rentas, todos con diferentes sanciones pecuniarias, de privación de libertad y otros.

3.2 Legislación comparada

Acá se observa algunos casos de la legislación comparada que sólo son similares al esquema que estaba establecido en la Constitución abrogada.

3.2.1 Constitución Política del Estado de España

La Constitución de España en su artículo 12 consagra:

“...nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquél momento”.

Del precepto se tiene concordancia con la definición del Dr. Quillet quien dice: "la retroactividad consiste en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entra en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente, a falta de esta", ahora bien si hablamos lo contrario o el caso contradictorio se habla del principio de la irretroactividad estriba en que una ley no debe normar a los actos, hecho o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquieran fuerza de regulación.

3.2.2 Constitución Política del Estado de México

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la garantía de irretroactividad de las leyes:

Artículo 14 "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

Como podemos apreciar la Constitución vigente ha establecido como principio o regla general con relación a la aplicación de la norma en el tiempo la Irretroactividad (es decir está prohibida la retroactividad), y como excepción, la retroactividad en materia penal, siempre que está favorezca al reo. Es decir establece una sola posibilidad de la aplicación retroactiva, en el caso penal.

3.2.3 Constitución Política del Estado del Perú

Artículo 103

“... la Ley desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en ambos supuestos, en materia penal, cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra Ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad....” (Perú, 1993)

Al entender esta disposición constitucional, se puede buscar y aclarar cuando es una ley retroactiva, o sea el problema de la retroactividad legal se conoce también como conflicto de leyes en el tiempo, o sea, que se traduce en la cuestión consistente en determinar, en presencia de dos leyes, una antigua, que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, actual cuál de las dos debe regir a un hecho, acto, fenómeno, estado, situación.

La jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de retroactividad ha adoptado el criterio vago e impreciso de la doctrina clásica de los derecho adquiridos; según puede verse en las tesis que a continuación se indica: "Para que una ley pueda ser retroactiva se requiere que obre el pasado y que lesione los derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial", "La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derecho individualmente adquiridos ya, y según los tratadistas, los derechos adquiridos individualmente de un contrato, son derechos adquiridos".

3.2.4 Constitución Política del Estado de Ecuador

Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

Núm. 3.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia

del trámite propio de cada procedimiento. (Ecuador, 1998)

La retroactividad es cuando existe una disposición que vuelve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas antes de su vigencia retro-obrando en relación a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición y respecto de actos verificados bajo una disposición anterior. (resnick_halliday, 2017)

3.2.5 Constitución Política del Estado de la República de Venezuela

El Principio de la Irretroactividad de las Leyes se encuentra previsto en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 24 “Ninguna disposición legislativa, tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”. (VENEZUELA, 1999)

Las Leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aún en los procesos que se hallaren en curso, pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas, se estimarán en cuanto beneficien al reo o reas, conforme a la Ley vigente para la fecha en que se promovieron...” éste es otro de los criterios que se emplean en este tipo de casos, pero siempre en atención a lo más favorable.

La Carta Magna venezolana, parte de la ideología de establecer como excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, el caso de las leyes penales más favorables al reo, tal como lo establece el artículo 2 del texto constitucional.

Artículo 2 “La presente ley se aplicará desde su entrada en vigencia, aun para los procesos que se hallaren en curso y para los hechos punibles cometidos con anterioridad, siempre que sea más favorable al imputado o acusado. En caso contrario, se aplicará la ley anterior.

Los actos y hechos cumplidos bajo la vigencia de la ley anterior y sus efectos procesales no verificados todavía, se regirán por ésta última, a menos que la presente ley contenga disposiciones más favorables”.
(VENEZUELA, 1999)

3.2.6 Constitución de la República Federal de Alemania

Artículo 103

“...un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad está establecido por ley anterior a la comisión del acto” (Alemania, 1949)

Dada la jerarquía o el carácter constitucional del principio de la irretroactividad de las leyes, ninguna ley tiene efecto retroactivo. Por otra parte, la razón de la irretroactividad de la ley penal, es la misma que justifica la retroactividad de la ley más favorable al reo.

Por su parte, el profesor español Francisco Muñoz Conde, en su libro “Derecho Penal Parte General”, encuentra justificación al principio de legalidad de los delitos y de las penas, en el hecho de que si las leyes penales pretenden que los ciudadanos se abstengan de delinquir y para ello anuncian la imposición de una pena a quienes comentan determinadas conductas, no podrá atribuírseles responsabilidad si en el momento de su actuación la ley no la definía como delito.

3.2.7 Constitución Política de la Nación Argentina

Artículo 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. (Argentina, 1994)

Este argumento que sustenta el principio de legalidad de los delitos y de las penas, es el mismo que justifica el principio de irretroactividad de las leyes penales “por el cual éstas no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación”. Considera Muñoz Conde, que la prohibición de retroactividad de la ley perjudicial para el reo “confirma el carácter de límite para el Estado y garantía para el ciudadano que posee el principio de legalidad”. Esa misma dirección el referido autor señala que “precisamente porque ese es el sentido de la presente garantía, cabe afirmar que la aplicación retroactiva de las leyes penales que benefician al reo, no lesionan su contenido”.

3.2.8 Constitución de la República de Chile

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: Núm. 3°. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley

promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella (Chile, 2010)

3.2.9 Constitución Política del Estado de Colombia

Artículo 5

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes pre existentes al acto que se le imputa”... “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará con preferencia a la restrictiva o desfavorable...” (Colombia, 2015)

Todos son textos constitucionales muy concretos y perfectamente comprensibles, siguiendo, además, en este ámbito patrones universales. Pero, en el caso de nuestro texto constitucional (Bolivia) el propósito de *innovar*, de destacar algo que fuese inédito, que *causara impacto a nivel mundial*, añadió excepciones a la regla, o sea, al principio de la irretroactividad de la ley, que sólo debería haber admitido las excepciones que han sido tradicionales y reiteradas. Las que correspondan por decisión expresa de ley especial, en materia laboral y en material penal, la que beneficie al delincuente, como podría ser, por ejemplo, el haberse suprimido la tipificación como delito de una acción determinada o haberse rebajado la pena, en ese u otro caso, con eso era suficiente. Por eso decíamos que también fue suficiente el texto contemplado en la Constitución abrogada. Pero se inventaron otras excepciones.

De manera clara y detallada en el siguiente cuadro se observa la redacción de cada constitución citada en la presente tesis.

**CUADRO N° 4 - CUADRO COMPARATIVO DEL PRINCIPIO DE
RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL
ESTADO DE OTROS PAISES**

PAÍS	PRECEPTO
BOLIVIA	<p>Artículo 123. La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución.</p>
ESPAÑA	<p>Artículo 12</p> <p>“...nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquél momento”.</p>
MEXICO	<p>Artículo 14</p> <p>"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna"</p>
PERÚ	<p>Artículo 103</p> <p>“... la Ley desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en ambos supuestos, en materia penal, cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra Ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad....”</p> <p>Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:</p>
ECUADOR	<p>Núm. 3.- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.</p>
VENEZUELA	<p>Artículo 24</p> <p>“Ninguna disposición legislativa, tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”.</p>
ALEMANIA	<p>Artículo 103</p> <p>“...un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto”.</p>
ARGENTINA	<p>Artículo 18.</p>

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Núm. 3°. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

CHILE

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

Artículo 5

COLOMBIA

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes pre existentes al acto que se le imputa”...
“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará con preferencia a la restrictiva o desfavorable...”

Fuente: Elaboración Propia

Es indiscutible que, en la actualidad, el principio se ha impuesto en la gran mayoría de países; siendo la fuerza de los valores que lo inspiran, la que ha traído como consecuencia que se encuentre regulado en los diversos sistemas jurídicos, por ser un instrumento garantista eficaz para la lucha contra la arbitrariedad del poder y los abusos del mismo. Asimismo, tiene estrecha relación con el principio “*nullum crimen, nullapoena, sine lege*”; es decir “*no hay delito, no hay pena, sin ley*”. Las formulaciones latinas ordinarias del principio de legalidad –*nullapoena sine lege* (*scripta, stricta, praevia, certa*), *nullapoena sine crimine*, *nullum crimen sine poenalegali-* provienen de Feuerbach, que las desarrolla como elemento de su teoría de la pena (teoría de la conminación penal): La prevención general a través de la “*coacción psicológica*” actuaría con mayor eficacia cuando más rigurosa esté determinado el mal de la pena (Jakobs, 1995). Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de “*principio de legalidad*”, establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”. Y puesto que se refiere a la intervención del poder punitivo estatal se le puede llamar principio de intervención legalizada (Francisco, 1975)

Por otra parte, se ha señalado que el anterior texto constitucional de Bolivia se limitaba a señalar en este campo de la ley penal podrá ser retroactiva cuando estuviere beneficiando al delincuente, lo que puede ocurrir de muy diversas maneras. También se extiende la correspondiente excepción constitucional, a lo que el artículo 123 de la actual Constitución llama MATERIA DE CORRUPCIÓN. ¿Qué se entiende como tal? Es decir, finalmente, ¿quién es corrupto, legalmente hablando? Porque en el lenguaje coloquial es fácil determinar a quién se debe o se puede calificar de CORRUMPTO. Pero nuestro Código Penal no tipifica ningún delito que se llame CORRUPCIÓN.

Pero, además, aquél artículo habla de procesar y sancionar “los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado...”. El Código Penal nos habla de los “delitos cometidos por funcionarios públicos” (un total de quince articulados). En estos casos, la ley puede ser retroactiva para “su beneficio”, o se trata de lograr el efecto contrario, o sea que se mantenga la retroactividad dentro del propósito general de LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. No es más bien esto último. Entonces, ¿dónde aparece aquí el principio de la IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY? Es algo muy poco claro y por eso esta nueva redacción del artículo 123 de la Constitución Política del Estado lo único que ha hecho es enredar el tema.

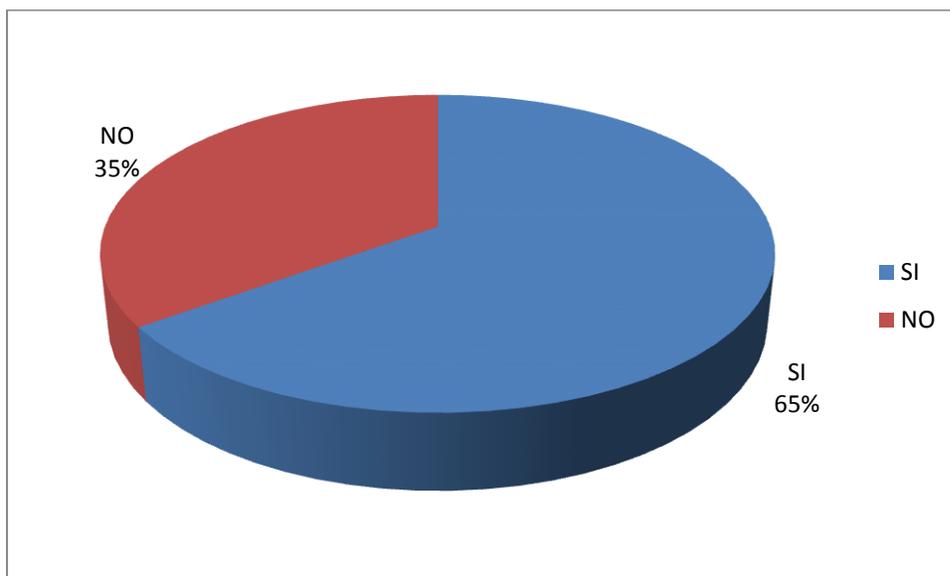
CAPÍTULO IV

MARCO PRÁCTICO

Se realizó la aplicación de la técnica de la entrevista dirigidas a abogados con estudios especializados en materia constitucional y Derechos Humanos, la cantidad de abogados que accedieron a responder el cuestionario fueron veinte (20), en ese sentido ésta cantidad es el 100%.

1. **¿Usted está de acuerdo, que en materia de Derechos Humanos los Tratados Internacionales, sean aplicados por encima de la Constitución Política del Estado, tal como lo establece el artículo 256 de nuestra ley suprema?**

GRAFICO N° 1

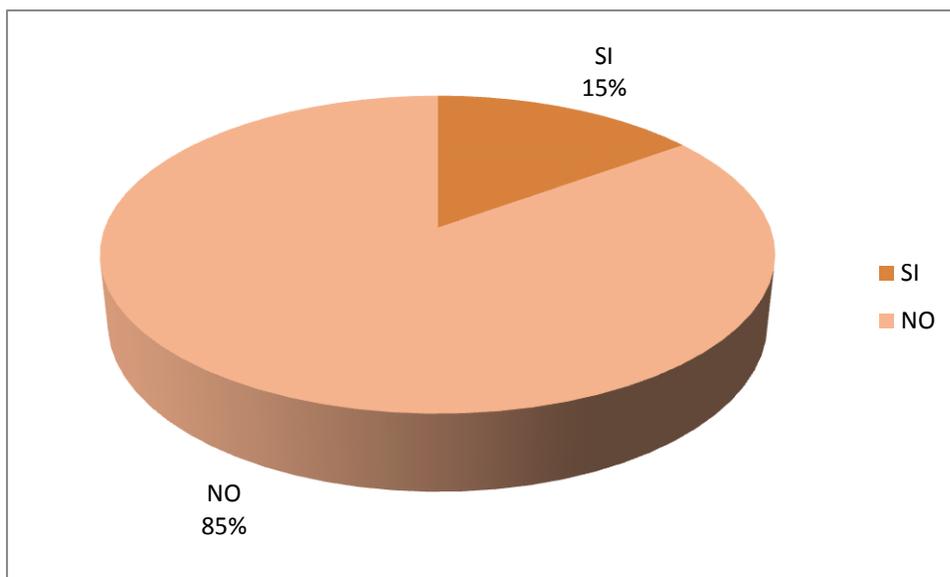


Fuente: Elaboración Propia

De las entrevistas realizadas a los abogados se observa que el 65% responde de manera afirmativa y el 35% indica que no está de acuerdo que en materia de Derechos Humanos los Tratados Internacionales se apliquen por encima de la Constitución Política del Estado. Por lo que la mayoría de los abogados coincide con la postura del suscrito tesista, en ese entendido la Constitución no puede vulnerar el contenido de los tratados que ha ratificado.

2. El artículo 123 de la Constitución Política del Estado establece: La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución ¿Está de acuerdo usted que en materia penal se aplique la retroactividad?

GRAFICO N° 2

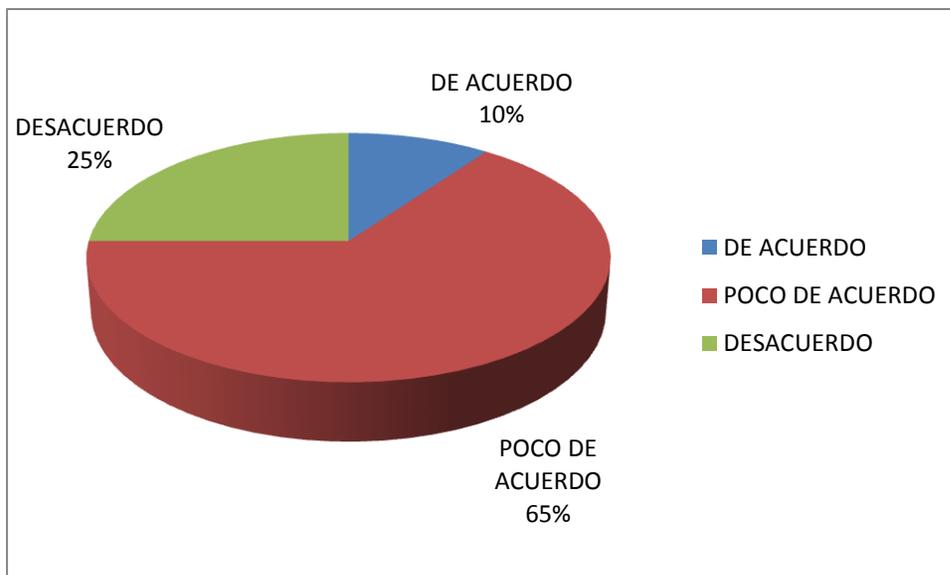


Fuente: Elaboración Propia

De la respuesta obtenida se tiene que el 85% de los abogados no está de acuerdo con la aplicación retroactiva de la ley en materia penal, y tan solo el 15% indica que sí está de acuerdo.

3. ¿Está de acuerdo que la Constitución Política del Estado Plurinacional respete en pleno los Derechos Fundamentales y las Garantías Constitucionales?

GRAFICO N° 3

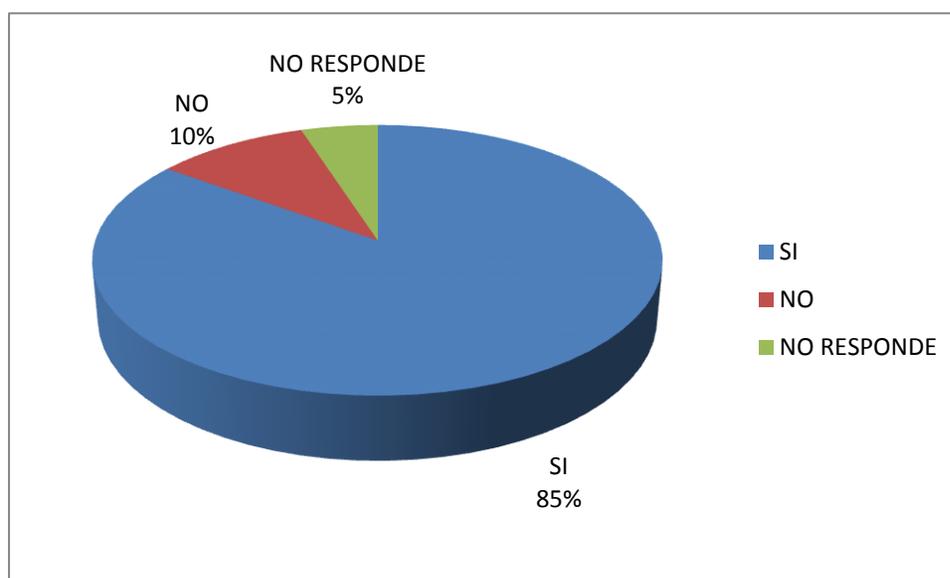


Fuente: Elaboración Propia

Se quiere establecer que las respuestas obtenidas para esta pregunta fue de manera muy general siendo que los entrevistados no fundamentaron por qué un 65% están poco de acuerdo con la afirmación que la Constitución Política del Estado respeta en pleno los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

4. El artículo 11 inc. 2) de la Declaración Universal de derechos Humanos, el art. 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el art 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen bajo el “nomenjuris” de Principio de Legalidad y de Retroactividad que proclaman: *“Nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delitos según el derecho Nacional o Internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del hecho”* ¿Considera que estas normas están siendo vulneradas por el artículo 123 de la Constitución Política del Estado?

GRAFICO N° 4

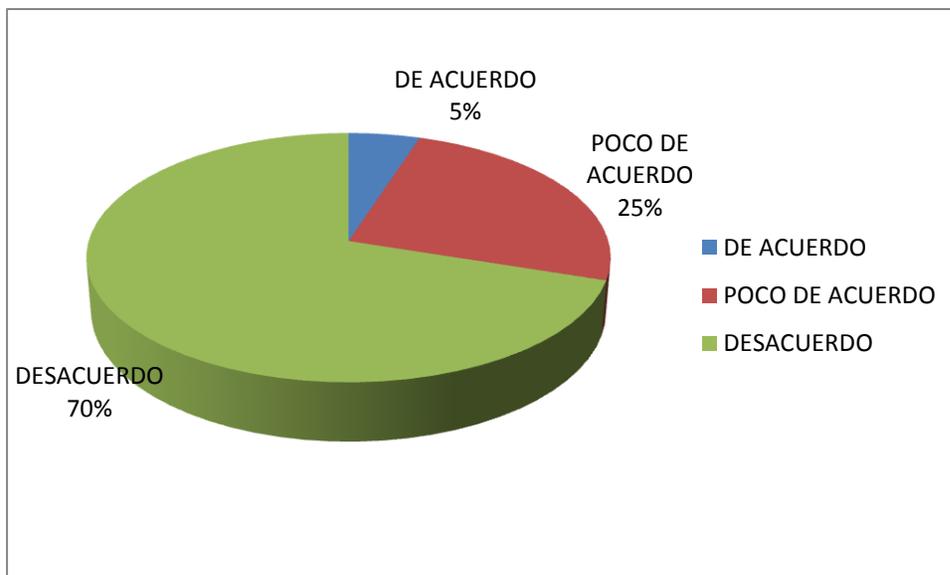


Fuente: Elaboración propia

De las respuestas obtenidas se tiene que un 85 % de los entrevistados indican que el artículo 123 de la Constitución Política del Estado vulnera el principio de legalidad y retroactividad establecido en el artículo 11 inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica. Por su parte un 10% indican que no existe vulneración, finalmente un 5% no respondió a la pregunta.

5. ¿Está de acuerdo que se deba juzgar los delitos cometidos por servidores públicos de manera retroactiva, sabiendo que en el momento de la supuesta comisión de estos, no eran delitos?

GRAFICO N° 5

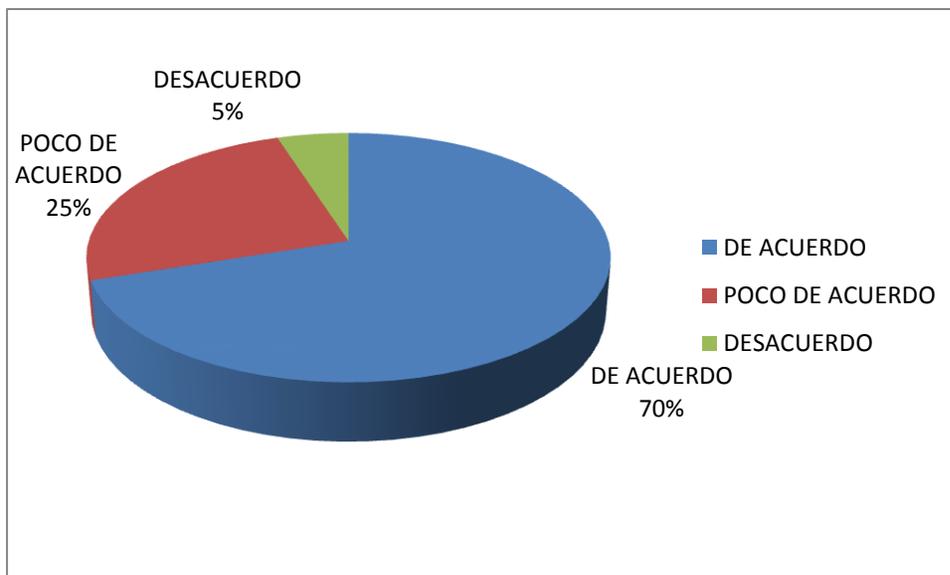


Fuente: Elaboración Propia

De los datos obtenidos se tiene que un 70% de los entrevistados manifiesta estar en desacuerdo con la retroactividad de la ley fundamentalmente en atención al principio de legalidad. Por su parte, un 25% de los entrevistados indica estar poco de acuerdo y un 5% manifiesta estar de acuerdo. Sin embargo, las respuestas son muy concretas.

6. ¿Considera usted que el artículo 123 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, es contradictoria y vulnera los artículos 13, 256 y 410 de la misma ley suprema?

GRAFICO N° 6

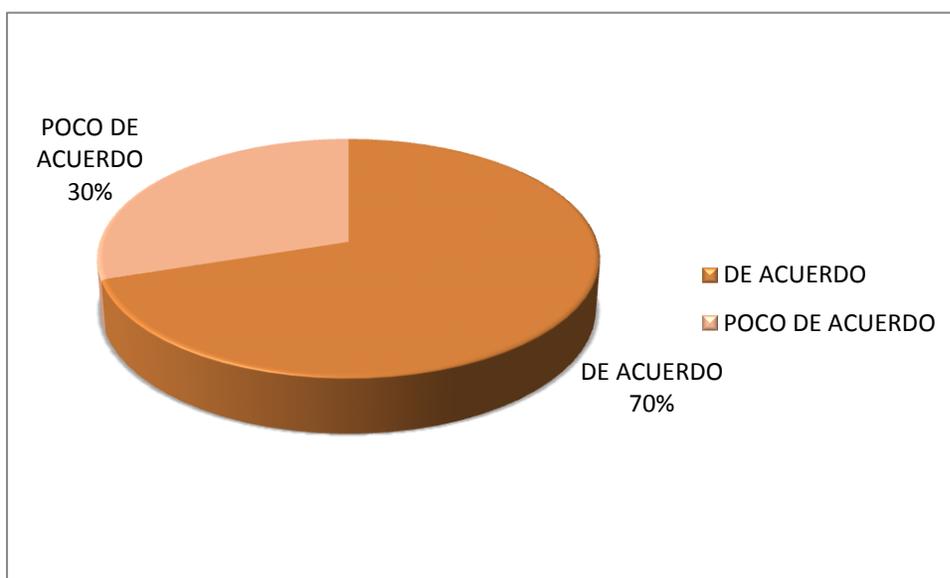


Fuente: Elaboración Propia

Los entrevistados en un 70% indican que el artículo 123 de la Ley Suprema es contradictoria a los artículos 13, 256 y 410 de la misma Constitución, y tan solo un 5% de los entrevistados indica que a su criterio no existe contradicción.

7.- El artículo 123 de la Constitución Política del Estado cuando determina qué se aplicará la retroactividad “en materia de corrupción para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado y en el resto de los casos señalados por la Constitución”. ¿Vulnera el principio de Irretroactividad y por consiguiente el principio de Legalidad?

GRAFICO N° 7



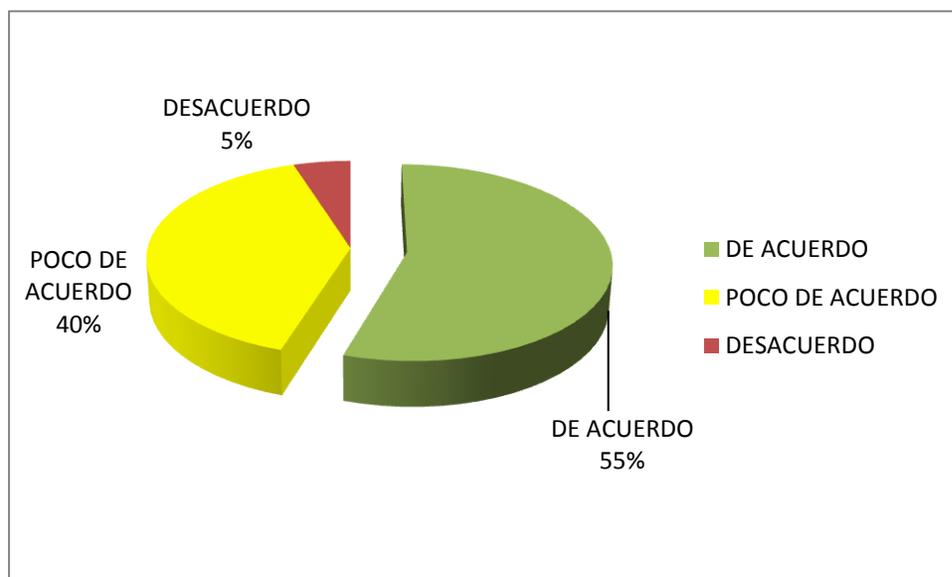
Fuente: Elaboración Propia

Como se observa del gráfico el 70% de los entrevistados indican que el principio de irretroactividad y por consiguiente el principio de legalidad, se vulneran con la prescripción del artículo 123 in fine de la Constitución Política del Estado, siendo que se aplica una norma desfavorable de manera retroactiva. Por su parte, un 30% indican estar poco de acuerdo con esta afirmación.

De estos datos se tiene que existe concordancia con la crítica que se realizó en la presente investigación siendo que se considera que el artículo 123 en su excepción de retroactividad de la norma en materia de corrupción vulnera el principio de irretroactividad y del principio de legalidad.

8.- ¿La Supresión y/o expulsión de parte del artículo 123 de la Constitución Política del Estado subsanaría esta lesión y vulneración?

GRAFICO N° 8



Fuente: Elaboración Propia

De los datos obtenidos se tiene que el 55% de los entrevistados indican que la modificación del artículo 123 de la Constitución Política del Estado, en la parte correspondiente a la retroactividad de la norma en materia de corrupción es necesaria, y por consiguiente así se subsanaría la actual vulneración al principio de legalidad y retroactividad de la norma más benigna.

CAPÍTULO V

PROPUESTA

PROYECTO DE LEY N°...

MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 123 IN FINE DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL CON RELACIÓN A LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

De acuerdo a lo establecido por el artículo 411 de la Constitución Política del Estado se puede afirmar que el artículo 123 es rígido, es decir sólo puede ser reformado a través de *una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular*. La vigencia de la reforma necesitará la aprobación por dos tercios de la Asamblea Constituyente y el posterior referendo constitucional aprobatorio.

La retroactividad de la ley está prohibida a partir del texto constitucional de 1843, sin embargo las excepciones en materia laboral y penal fueron introducidas en el texto constitucional de 1967 y la excepción en materia de corrupción fue introducida con la Constitución Política vigente desde la gestión 2009.

La razón de la necesidad de dejar sin efecto el carácter retroactivo de leyes penales que persiguen cualquier tipo de delitos, estriba en la garantía del debido proceso, que consiste en que nadie puede ser juzgado por hechos cometidos con leyes penales que a tiempo de esa consumación estas no estaban vigentes. La vigencia de una norma jurídica se inicia en un momento determinado y cierto y concluye en otro momento, también determinado y cierto. Toda norma debe regir a partir de su vigencia y dicha vigencia se mantiene hasta que la norma sea derogada o modificada; en consecuencia, la vigencia retroactiva o ultra activa son excepcionales.

PROPUESTA

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo 123 de la Constitución Política del Estado debiendo quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 123. La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal cuando beneficie a la imputada o al imputado.

ABROGACIÓN Y VIGENCIA

Primera (Abrogación). Se abrogan todas las disposiciones contrarias a la presente ley.

Segunda (Vigencia). Esta ley entrará en vigencia en todo el territorio del Estado Plurinacional a partir del.....

Remítase al Órgano Ejecutivo para fines constitucionales. Es dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete.

FDO. EVO MORALES AYMA, Cecilia Ayllón Quinteros, Ramón Quintana, Amanda Dávila Torres.

CONCLUSIONES

- A lo largo de la historia, son muchas las luchas que se han dado en función de que sean reconocidos los derechos que como ciudadanos nos corresponden. En este camino la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el año 1966 aprueba un tratado multilateral de carácter general: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A través de la firma de estos pactos los Estados asumen el **compromiso** de respetar y garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y sujetas a su jurisdicción. En ese sentido en su artículo 15 dispone *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José surgió de la necesidad de que los países americanos garantizaran el respecto a los derechos humanos de todos los ciudadanos en virtud de los distintos conflictos armados que se suscitaron en diferentes Estados Americanos fue por ello que la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 22 noviembre de 1969 celebró en San José. Este documento dedica un capítulo a la suspensión de garantías legales, esto se puede realizar en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad de un Estado y por un tiempo limitado, siempre que no sea incompatible con las demás obligaciones que impone el derecho internacional y no sea discriminatorio. **Sin embargo, hay derechos que nunca se pueden suprimir: el derecho a la vida y a la integridad personal, el principio de legalidad y prohibición de retroactividad de la ley desfavorable, etc.**

- El principio de irretroactividad de la ley se desarrolla a partir de la Constitución de 1843. Se mantiene sin considerar excepciones hasta la Constitución de 1961 que establece un principio de reserva para que la ley expresamente establezca su carácter retroactivo. No se trata de decir que antes de 1843 la ley era retroactiva, pero es sólo a partir del texto constitucional de 1843 se cuenta con la disposición constitucional. La redacción que posee el texto constitucional vigente empieza a perfilarse en el texto constitucional de 1967, que establecerá la prohibición de irretroactividad de la ley salvo para materia social y penal, y sólo en caso de beneficiar al trabajador y al reo.
- El principio de legalidad encuentra sus orígenes en la máxima *nullum crimen, nullapoena sine praevialege* (Ningún delito, ninguna pena sin ley previa), es decir no puede considerarse una acción o una omisión como un delito sin que éste haya sido previamente establecido como tal. En lo que respecta al constitucionalismo boliviano, la presunción de inocencia, así como el principio de legalidad se incorporan en nuestra legislación a partir del texto constitucional de 1967 y se mantienen en los textos constitucionales posteriores.
- Conforme a lo señalado en el párrafo II del Artículo 116 sólo la ley puede fundar el hecho punible, es decir sólo el instrumento generado por el Órgano Legislativo, conforme a lo determinado en el Artículo 145, puede determinar tanto el delito como la sanción. Asimismo esta ley debe ser anterior al hecho punible, por el principio de publicidad de la norma, es decir de conocimiento por parte de la población de que una determinada acción o conducta es considerada delito y en consecuencia sancionada. En ese sentido, el principio de legalidad establecido en el párrafo II del Artículo

116 debe entenderse en consonancia con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos

- El fallo constitucional N° 0770/2012 **respecto a la Disposición Final Primera de la Ley 004**, efectuando una interpretación sistemática, teleológica y literal la norma contenida en el art. 123 de la CPE, sostiene que la norma no debe ser entendida en sentido que sea posible sancionar retroactivamente conductas que no estuvieron previamente establecidas en una ley, pues el art. 123 de la CPE, se encuentra en el Título IV, Capítulo Primero relativo a las garantías jurisdiccionales, por lo que debe entenderse como una garantía de seguridad del Estado a favor de los ciudadanos, pues no resultaría lógica la interpretación del establecimiento de garantías a favor del propio poder público. En este sentido para el TCP no resulta admisible que una garantía de los procesados en materia de corrupción sea la de que se les aplique retroactivamente la ley penal sustantiva desfavorable.
- La Teoría sobre la Irretroactividad de la Ley establece que la aplicación retroactiva de una norma es “aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que ésta entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata. La irretroactividad de la ley (de las normas en general) se ha convertido en un principio constitutivo del principio de legalidad, pues no se puede exigir el cumplimiento de una norma que no se encuentre vigente a momento de la realización de los actos. La seguridad jurídica es patrimonio común de la cultura del estado de derecho. En todas las constituciones de los Estados de Derecho están prohibidas las leyes penales retroactivas y la punibilidad de un hecho debe estar suficientemente determinada. La seguridad jurídica es un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado. La seguridad jurídica es además una exigencia de la igualdad ante la ley.

- El Artículo 123 se encuentra en el Capítulo I (Garantías Jurisdiccionales) perteneciente al Título IV (Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa) de la Primera Parte de la Constitución Política del Estado (Bases Fundamentales del Estado Derechos, Deberes y Garantías) vulnera los art 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en virtud que la ley no puede ser retroactiva y solo es favorable para lo venidero, sin embargo la última parte del art 123 señala que se puede investigar delitos en materia de corrupción inclusive con anterioridad a la puesta en vigencia de la CPE que fue en fecha 21 de octubre del 2008, esto significa que viola los principios de legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad. *En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo*
- La Disposición Final Primera de la Ley N° 004, al disponer la aplicación retroactiva de normas sustantivas, es inconstitucional, por lo tanto es contrario a los principios del Estado democrático de derecho. Siguiendo la narrativa constitucional, los tratados internacionales en derechos humanos también deben ser tomados como un criterio de interpretación constitucional. Toda interpretación supone la toma de una decisión respecto a la manera de ponderar y entender un derecho. El párrafo IV del Artículo 13 señala que los derechos y deberes consagrados en la Constitución se *interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia*, asimismo el párrafo II del Artículo 256 reitera una vez más que *los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos.*

- La legislación constitucional consultada de otros países (España, México, Perú, Ecuador, Venezuela, Alemania, Argentina, Chile) establecen de manera clara y casi uniforme que nadie será sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito y el principio de retroactividad solo se aplica cuando favorezca al imputado, sin hacer ningún tipo de excepción en materia de corrupción.

RECOMENDACIONES

- La retroactividad de la ley penal, tal cual lo indica la doctrina, la jurisprudencia, los Tratados y Convenios Internacionales, solamente debe proceder en casos de una nueva ley penal más benigna y no así en aquellos casos en que la ley penal nueva sea desfavorable para el encausado.
- Proponer un referéndum conforme el art. 411 núm. II de la Constitución Política del Estado Plurinacional, con la finalidad de modificar el art 123 de la CPE.
- Que nuestro país acate y respete los Tratados y Convenios Internacionales suscritos entre las partes suscribientes con la finalidad de dar mayor seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- A.A., S. S. (2011). *La retroactividad de la ley penal en Bolivia*. Obtenido de www.eumed.net/rev/ccss/13
- Alemania. (1949). *Ley Fundamental para la República Federal de Alemania*. Alemania.
- Argentina. (1994). *CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA Ley N° 24.430*. Argentina.
- ARIAS LOPEZ, B. (2010). *Teoría Constitucional y Nueva Constitución Política del Estado*. La Paz: El original San José ed. .
- ARROYO ZAPATERO, L. (1983). *Principio de Legalidad y reserva de la ley en materia penal*. España.
- BECCARIA, C. (2005). *De los delitos y de las penas”, Estudio Preliminar de Nodier Agudelo*. Bogota: Temis.
- BODENHERMER, E. (1999). *Teoría del derecho*. México : Editorial Fondo de cultura económica.
- Bolivia, G. J. (1997). *Codigo Penal Boliviano (Ley N° 1768)*. La Paz - bolivia: Gaceta Juridica de Bolivia .
- Bolivia, G. J. (2009). *Constitución Política del estado Plurinacional de Bolivia*. La Paz Bolivia: Gaceta Juridica de Bolivia.
- Bolivia, G. J. (2010). *Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz, Ley N° 004* . La Paz - Bolivia: Gaceta Juridica de Bolivia.
- CABANELLAS. (2003). *Tomo VII*.

- Chile. (2010). *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA de Chile*. Chile.
- Colombia. (2015). *Constitución Política de Colombia*. Colombia.
- Ecuador. (1998). *CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR*. Ecuador.
- ESPINOZA CARBALLO, C. (2009). *Código de Procedimiento Penal*. Santa Cruz: El País.
- FONTAN Balestra. (1999). *derechos y garantías constitucionales*.
- Francisco, M. C. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona : BOSCH Casa Editorial, S.A.
- GOZAINÉ, O. A. (1994). *La Justicia Constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- HARB, B. M. (1998). *Derecho Penal, parte general*. La Paz: Juventud.
- HUERTA TOCILDO, S. (1993). El derecho fundamental a la legalidad penal. *Revista española de Derecho Constitucional, Año 13, Núm. 39, , 97 – 98*.
- Humanos, C. A. (1978). *Pacto de San José de Costa Rica*. San Jose.
- J., H. (1986). *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho* . EUNSA .
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal” Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Ediciones Jurídicas, S.A.
- James, G. (2012). *Tratados y Convenios Internacionales*.
- JIMÉNEZ DE ASUA, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*. Buenos Aires: Losada.
- MARTINEZ, M. &. (1993).

- MELGAREJO, d. C. (2000). *Garantías Constitucionales en el proceso penal boliviano*, 1ra. Edición. Santa Cruz- Bolivia: Letter Graff.
- MIR PUIG, S. (2007). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ed. B de F Ltda.
- OMEBA, E. J. (1962). *Voz Irretroactividad. Tomo XVI*. buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Paredes, A. (2009). Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica. En A. M. Paredes, *Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica* (pág. 95). La Paz: Los Amigos del Libro.
- Perú. (1993). *Constitución Política del Estado del Perú*. Lima Perú.
- QUIROZ QUISPE, W. L. (2010). *Nueva Constitución Política del Estado*. La Paz: Quiroz y Lecoña.
- QUIROZ, J. L. (2011). *Ley No. 004, Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz*. La Paz: Ed. Quiroz y Lecoña.
- Rafael, R. M. (2008). *El principio de retroactividad*.
- resnick_halliday. (2017). *Monografias.com*. Obtenido de Artículo 14 y 16 de la Constitución de México: <http://www.monografias.com/trabajos12/comex/comex.shtml#ixzz2i2KFugOX>
- RUIZ ANTON, L. F. (1993). El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 149 – 150.
- Unida, A. G. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- Vargas, A. (2007). Metodología de la investigación. En A. Vargas, *Metodología de la investigación* (pág. 73). La Paz: Universidad.

- Vargas, A. (2009). *Técnicas y métodos de investigación jurídica*. La Paz - Bolivia: UMSA.
- VARGAS, F. A. (2001). *Metodología de la Investigación*. La Paz – Bolivia: Universidad, .
- VENEZUELA. (1999). *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA*. Venezuela.
- VILLAMOR LUCIA, F. (2007). *Derecho penal, Parte General*. La Paz: Inspiración Cards.
- WITKER Jorge. (1997, página 67). *Metodología Jurídica*. México: Mc Grawhill interamericana.
- Witker, J. (1997). Metodología Jurídica. En J. Witker, *Metodología Jurídica*. Mexico Df: Mc Grawhill Interamericana.
- ZEA, A. V. (1989). *Derecho Civil. Tomo I*. Bogotá: Temis.

ANEXOS

ANEXO 1

Ed. Impresa MIRADA CONSTITUCIONAL

La aplicación retroactiva de la Ley N° 004

Por José Antonio Rivera S. - Periodista Invitado - 9/12/2010

Uno de los elementos caracterizadores del Estado de derecho es la no aplicación retroactiva de las leyes. Este elemento se materializa en el principio fundamental de la irretroactividad de la ley, lo que significa que, en resguardo de la seguridad jurídica, las normas legales no pueden aplicarse a aquellos actos jurídicos o situaciones jurídicas que ya han acaecido en el pasado.

En un verdadero Estado democrático constitucional de derecho, la ley solo prevé para lo venidero, no tiene aplicación retroactiva, salvo cuando es más favorable para la persona procesada por haber cometido un delito, o en materia social y laboral cuando es favorable a los trabajadores y está expresamente prevista por la ley. Ello porque una aplicación retroactiva de la ley lesionaría la predictibilidad, la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad de la administración del derecho.

Como parte del proceso de cambio y transformaciones estructurales, el Estado Plurinacional de Bolivia ha adoptado la determinación de enfrentar la conducta delictiva de la corrupción, a cuyo efecto se ha expedido la Ley N° 004 de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”.

La Disposición Final Primera de la Ley N° 004 dispone la aplicación retroactiva de las normas previstas por el art. 25, numerales 2) y 3), las que, al crear los tipos penales del Enriquecimiento Ilícito y el Enriquecimiento Ilícito de Particulares, son normas de naturaleza sustantiva. El legislador pretende sustentar dicha aplicación retroactiva en las normas previstas por el art. 123 de la Constitución.

Si bien el art. 123 de la Constitución, a tiempo de proclamar el principio de irretroactividad de las leyes prevé que excepcionalmente se aplicará retroactivamente la ley “en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado”; empero, dicha norma tiene que ser interpretada en concordancia práctica con lo previsto por el art. 116.II de la misma Constitución, por cuyo mandato “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”; el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuyo mandato “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

Realizando la interpretación sistemática, aplicando los principios de la unidad de la Constitución y de la concordancia práctica, se puede concluir que la aplicación retroactiva de la ley sobre corrupción, sólo alcanza a las normas procesales, excluyendo toda posibilidad de aplicación de las normas sustantivas que crean nuevos tipos penales; una conclusión en sentido contrario infringiría las normas de la Constitución y de los tratados internacionales referidos.

Aún realizando una interpretación literal o gramatical de la norma prevista por el art. 123 de la Constitución, se arriba a la misma conclusión.

En efecto, los verbos rectores empleados por la norma son: Investigar, que significa descubrir el delito, identificar al autor y acumular los indicios y medios de prueba; Procesar, que significa someter a juicio a la persona sindicada de cometer un delito para que el acusador demuestre su culpabilidad y el sindicado desvirtúe la acusación; y Sancionar que significa imponer un castigo o pena prevista por ley a la persona acusada de haber cometido el delito una vez demostrada su culpabilidad.

Los verbos rectores denotan el ámbito procesal de la ley y no el sustantivo; son concordantes con lo previsto los arts. 116.II y 178.I de la Constitución; así como

con lo consagrado por el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, con la interpretación literal o gramatical también se concluye que la aplicación retroactiva de la ley sobre corrupción sólo alcanza a las normas procesales y no así a las normas sustantivas que crean tipos penales o establecen y agravan las sanciones para los tipos penales.

De lo referido se puede concluir que la Disposición Final Primera de la Ley N° 004, al disponer la aplicación retroactiva de normas sustantivas, es inconstitucional, por lo tanto es contrario a los principios del Estado democrático de derecho.

El autor es Catedrático de Derecho Constitucional | riverasa@gmail.com

ANEXO 2

SUPLEMENTOS

LA GACETA JURÍDICA

PRINCIPIO

El principio de la irretroactividad de la ley

Realidades jurídicas

La Gaceta Jurídica / Gabriel Paláez G.

00:00 / 16 de noviembre de 2012

Un reciente fallo del Tribunal Constitucional Plurinacional (tcp) ha originado un debate –para nosotros innecesario– en torno al principio constitucional de la irretroactividad de la ley.

Pensamos que, en buena parte, aquél debate se origina en la forma en que fue finalmente redactado el texto constitucional sobre el tema. El que corresponde a la Constitución abrogada nos parece que era más expreso y claro, lo que no ocurre con el texto actual.

El artículo 33 de la Constitución abrogada decía: “La Ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo (ESTE ES EL PRINCIPIO BÁSICO), y añadía, “excepto en materia social cuando lo determine expresamente y en materia penal cuando beneficie al delincuente” (ÉSTAS ERAN LAS EXCEPCIONES).

En cambio, el actual artículo 123 de la Constitución Política del Estado (CPE) indica: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo”. Hasta aquí total coincidencia.

Pero añade, “excepto en materia laboral cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y trabajadores: en materia penal cuando beneficie a la

imputada o al imputado” y –nuevo añadido– “EN MATERIA DE CORRUPCIÓN PARA INVESTIGAR, PROCESAR Y SANCIONAR LOS DELITOS COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS CONTRA LOS INTERESES DEL ESTADO Y EN EL RESTO DE LOS CASOS SEÑALADOS POR LA CONSTITUCIÓN”.

Veamos algunos casos de la legislación comparada que sólo son similares al esquema que estaba establecido en la Constitución abrogada. La constitución de España consagra que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquél momento”.

La Constitución de Venezuela dice: “Ninguna disposición legislativa, tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”.

La Constitución de Ecuador: “Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que en el momento de cometerse no esté tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza... Tampoco se podrá juzgar a una persona, sino conforme a leyes preexistentes...”.

Y la Constitución de Colombia: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes pre existentes al acto que se le imputa”... “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará con preferencia a la restrictiva o desfavorable”...

Todos son textos constitucionales muy concretos y perfectamente comprensibles, siguiendo, además, en este ámbito patrones universales.

Pero, en el caso nuestro había el propósito de INNOVAR, de destacar algo que fuese inédito, que causara IMPACTO A NIVEL MUNDIAL.

Y se lo hizo añadiendo excepciones a la regla, o sea, al principio de la irretroactividad de la ley, que sólo debería haber admitido las excepciones que han sido tradicionales y reiteradas. Las que correspondan por decisión expresa de ley especial, en materia laboral y en material penal, la que beneficie al delincuente,

como podría ser, por ejemplo, el haberse suprimido la tipificación como delito de una acción determinada o haberse rebajado la pena, en ese u otro caso.

Con eso era suficiente. Por eso decíamos que también fue suficiente el texto contemplado en la Constitución abrogada. Pero se inventaron otras excepciones y se hicieron añadidos. En materia laboral se afirma que la excepción será cuando la ley o la determinación expresa de la misma sea a favor de los trabajadores. Este es un añadido innecesario, porque decir “CUANDO LA LEY LO DETERMINE EN FORMA EXPRESA” era una redacción más conveniente y que podía abarcar muchísimos casos. ¿Quién califica si una ley determinada es realmente FAVORABLE o NO a los trabajadores? ¿Es el mismo Gobierno? ¿Qué debe entenderse por FAVORABLE?

Pero donde la Constitución se enreda totalmente es en cuanto entra, supuestamente, a precisar términos en materia penal. Hemos señalado que el anterior texto constitucional se limitaba a señalar en este campo que la ley podrá ser retroactiva cuando estuviere beneficiando al delincuente, lo que puede ocurrir de muy diversas maneras.

Pero, en el texto constitucional actual se habla de aquél extremo cuando beneficie al IMPUTADO solamente. ¿Qué pasa en el caso de los que tienen otra categoría procedimental dentro del respectivo juzgamiento? ¿Quedan fuera de la disposición constitucional? Habrá que suponer que sí?

También se extiende la correspondiente excepción constitucional, a lo que el artículo 123 de la actual Constitución llama MATERIA DE CORRUPCIÓN.

¿Qué se entiende como tal? Es decir, finalmente, ¿quién es corrupto, legalmente hablando? Porque en el lenguaje coloquial es fácil determinar a quién se debe o se puede calificar de CORRUPTO. Pero nuestro Código Penal no tipifica ningún delito que se llame CORRUPCIÓN.

Pero, además, aquél artículo habla de procesar y sancionar “los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado...”. El Código Penal nos habla de los “delitos cometidos por funcionarios públicos” (un total de quince).

En estos casos, la ley puede ser retroactiva para “su beneficio”, o se trata de lograr el efecto contrario, o sea que se mantenga la retroactividad dentro del propósito general de LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. No es más bien esto último. Entonces, ¿dónde aparece aquí el principio de la IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY? Es algo muy poco claro y por eso decíamos que esta nueva redacción del artículo 123 de la CPE lo único que ha hecho es enredar el tema.

ANEXO 3

Juicio de Responsabilidades 2. Ex mandatarios cuestionan imparcialidad de la Justicia

Publicado en 19 enero 2011



Cuatro de los seis ex presidentes constitucionales y tres de los seis ex vicepresidentes de Bolivia, hemos sido acusados por Evo Morales Ayma cuando era diputado nacional. Las acusaciones las hizo expresamente como Jefe del Movimiento al Socialismo (MAS), y su abogado patrocinante entonces fue Héctor Arce. El Ministerio Público, ya en el gobierno de Morales, ha dado curso a todas las acusaciones pidiendo la apertura de sendos Juicios de Responsabilidades. Ese requerimiento del Fiscal General será sometido a votación de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia en los próximos días, para dar curso o no a la apertura formal de esos Juicios; Asamblea en la que el MAS controla dos tercios de votos en ambas cámaras. Héctor Arce es en este momento presidente de la Cámara de Diputados de dicha Asamblea.

Hace algún tiempo los ex presidentes de Bolivia Jorge Quiroga Ramírez, Eduardo Rodríguez Veltzé y yo y el ex vicepresidente Víctor Hugo Cárdenas Conde,

envíamos una carta al Vicepresidente y Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional Alvara García Linera, en la que le expresábamos nuestra preocupación y los argumentos jurídicos que ponen en cuestión los mecanismos de fondo y forma que se pretenden usar para activar los juicios de responsabilidades en nuestra contra.

Ese documento no ha perdido ninguna vigencia hoy. Por esa razón extraigo los argumentos centrales de esa carta, para que se puedan conocer en detalle en el contexto de lo anotado líneas arriba.

1. NO HAY JUECES IMPARCIALES

El tribunal de enjuiciamiento, la actual Corte Suprema de Justicia, está integrado por jueces interinos designados inconstitucionalmente por el acusador. El entonces diputado Evo Morales Ayma, hoy Presidente del Estado, presentó acusación en nuestra contra ante el Fiscal General de la República, pidiendo que se nos abran sendos Juicios de Responsabilidades.

La Asamblea Legislativa Plurinacional al conferirle al Presidente del Estado la atribución extraordinaria de designar interinamente a los Ministros de la Corte Suprema, ha violado la Constitución Política del Estado (CPE), que garantiza la independencia e imparcialidad del Órgano Judicial, a través de la preselección legislativa de los postulantes a jueces por dos tercios, la convocatoria al proceso para su elección por el Órgano Electoral y la elección popular de los mismos. De ese modo, le ha dado al Presidente Morales, inconstitucionalmente, la prerrogativa legislativa, la electoral y la del voto soberano del pueblo. Esa es la naturaleza del nombramiento de los jueces que hizo el 18 de febrero de 2010.

Principio violado: Independencia e imparcialidad del Tribunal a cargo del juicio.

Derecho violado: El de ser oídos y juzgados en juicio penal por un Tribunal independiente e imparcial.

Normativa Nacional violada: Artículos 12, párrafo I; 120, párrafo I; 140, párrafos I y II; 178, párrafo I; 182 y 198 de la CPE. El proyecto de Ley incorpora en una disposición transitoria el reconocimiento de este inconstitucional tribunal de juzgamiento.

Normativa Internacional violada: Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es un abuso inconcebible que quien acusa nombre a los jueces que van a juzgar a sus propios acusados.

Al haber aceptado esos nombramientos, los otros miembros de la Corte Suprema que fueron elegidos legalmente, han perdido su legitimidad.

Es un imperativo el cumplimiento de la CPE en lo que toca a la elección del Nuevo Tribunal Supremo de Justicia.

2. NO HAY UNA LEY JUSTA

A pesar de que se reconoce la anterior Ley de Juicio de Responsabilidades para juzgar a ex presidentes y ex vicepresidentes, la tipificación de las acusaciones, da lugar en todos los casos en cuestión, a apelar a una Ley que permite expresamente la aplicación retroactiva de delitos y penas agravadas al no resolver la contradicción entre el artículo 123 y los artículos 13 párrafo IV, 116 párrafo II y 256 párrafo I de la Constitución Política del Estado.

Principio violado: La irretroactividad de la ley penal.

Derecho violado: Nadie puede ser sancionado por un hecho que en el momento de realizarse no era delito, ni ser sancionado con una pena más grave que la prevista en el momento de la realización del hecho.

Normativa Nacional violada: Artículos 13 párrafo IV; 116 párrafo II y 256 párrafo I, de la Constitución Política del Estado.

Normativa internacional violada: Artículo 11 numeral 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 15 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Asamblea Legislativa Plurinacional debe adecuar todas nuestras leyes a la normativa nacional e internacional citada, tomando en cuenta especialmente que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos prevalecen en el orden interno y tienen aplicación preferente con relación a la propia Constitución.

3. NO HABRÁ DEBIDO PROCESO

La Ley de Responsabilidades, tanto la anterior como la vigente, no establece ningún recurso contra una sentencia condenatoria, limitando a los ex dignatarios de Estado derechos y garantías básicos para su defensa, que nuestra normativa procesal vigente reconoce hasta a los acusados por delitos de asesinato, narcotráfico o violación.

Principio violado: Revisión de fallos condenatorios en materia penal.

Derecho violado: A recurrir una condena pronunciada en primera instancia.

Normativa Nacional violada: Artículo 115, párrafo II de la CPE.

Normativa Internacional violada: Artículo 14 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 8 numeral 2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Asamblea Legislativa Plurinacional debe establecer en la Ley del Juicio de Responsabilidades que se aplique, un recurso efectivo de apelación contra la sentencia condenatoria.

4. NO HUBO DERECHO A SER OÍDO

En ninguna de las fases del proceso que se sigue a los ex presidentes y a los vicepresidentes, desde la acusación hasta el envío por la Corte Suprema de los juicios para su consideración en la Asamblea Legislativa Plurinacional, los acusados fueron convocados para ser oídos por autoridad legal y competente. Tanto el Ministerio Público como la Corte Suprema enviaron la acusación, sin haber respetado el derecho a ser escuchados, que establecen tanto la anterior CPE, como la actual.

Principio violado: El derecho a ser oído en proceso legal.

Derecho violado: Derecho de defensa ante el Ministerio Público.

Normativa Nacional violada: Artículo 117, parágrafo I y 120, parágrafo I de la CPE.

Normativa Internacional violada: Artículos 10 y 11, numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14, numeral 1 y 3, inciso (a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 8 numeral 1 y 2 inciso (b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por estas razones, las actuaciones realizadas hasta ahora en los citados juicios, están viciadas de nulidad.

Una vez restablecida la plena vigencia de las garantías violadas desde la realización de los primeros actos procesales, se debe reconocer a los ex mandatarios el derecho a ser oídos en todas las etapas del procedimiento, inclusive ante la Comisión Mixta de Justicia Plural, Ministerio Público y Defensa Legal del Estado y el plenario de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

La Asamblea Legislativa Plurinacional debe respetar la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales. Sólo así será posible tener la certeza de que se construye una sociedad más justa, equitativa e integradora.

ANEXO 4

Retroactividad de la ley es desfavorable

La formulación de los derechos, deberes y garantías del texto constitucional boliviano responde a los principios y parámetros del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, establecido en los tratados y convenciones internacionales de la materia en el ámbito de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA).



Según la jurista, la retroactividad de la ley en materia de corrupción evidencia contradicción e inconstitucionalidad. Foto: rosalesoliveroyasociados.blogspot.com

La Razón (Edición Impresa) / Micaela Alarcón Gambarte

00:00 / 05 de junio de 2015

Así destaca la decisión de conferir aplicación preferente a la propia Constitución a los tratados de derechos humanos que declaren derechos más favorables a los contenidos en el texto constitucional, conforme lo dispone el artículo 256, párrafo I: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”.

En el mismo sentido, la interpretación de la Constitución de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos, cuando éstos prevean normas más favorables, se dispone en el artículo 256, parágrafo II, de la ley fundamental: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

No obstante de ello, existen algunos contenidos del texto constitucional que no guardan congruencia con los principios y valores supremos que constituyen el fondo sobre el cual se desarrollan y ejercen los derechos fundamentales de las personas.

En cuanto a la regulación del Derecho a la Seguridad Personal, el texto constitucional establece que cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible; sin embargo, autoriza la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del imputado para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado.

Esto está dispuesto en el artículo 116, parágrafo II, “Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible”, y 124 de la Constitución, “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción , para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución”.

Dicho artículo, crítico de la Constitución boliviana, se contrapone a uno de los tratados más importantes en materia de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 11, inciso 2, prevé: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del hecho”.

Tal como se evidencia, el referido tratado internacional en materia de derechos humanos prohíbe la retroactividad de la ley penal, sin embargo, deja el camino libre a la legislación interna de cada país para aplicar una nueva ley penal más benigna.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9, bajo el nomen juris de Principio de legalidad y retroactividad, proclama: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello”. La precitada normativa internacional en materia de Derechos Humanos claramente prohíbe la retroactividad de la ley penal desfavorable, sin embargo, prevé la retroactividad de la ley penal más benigna.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 15, establece: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Tal instrumento internacional también prohíbe la retroactividad de la ley penal desfavorable, sin embargo, permite y prevé la posibilidad de la retroactividad cuando la nueva ley penal fuera más benigna.

Por su parte, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, dispone: “Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los

plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención”.

Respecto a la irretroactividad, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos nos ilustra en el caso De La Cruz Flores contra Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, al establecer que “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo (...)”.

Consecuentemente, considerando que los Tratados Internacionales integran el bloque de constitucionalidad y siendo que los mismos deben aplicarse de manera preferente a la Constitución, la retroactividad de la ley en materia de corrupción, prevista en la Constitución, no solo evidencia una contradicción con lo dispuesto en el artículo 116, parágrafo II, del mismo texto constitucional, sino que, además, se constituye en un precepto inconstitucional, el cual fue remitido, a su vez, a desarrollo ordinario mediante la Ley N° 044, Ley Marcelo Quiroga Santa Cruz.

Esta última devendría en inconstitucional y opuesta al Principio de Legalidad y Seguridad Jurídica, así como a la vigencia del Estado de Derecho reconocido en el artículo 1 de la Constitución boliviana.

Paradójicamente, el Tribunal Constitucional Plurinacional determinó anular el principio de retroactividad de la Ley N° 004 de Lucha Contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz” a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0770/2012 de 13 de agosto de 2012.

Dicha sentencia responde a tres convenios internacionales ratificados por el Estado boliviano: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esto último significa que las disposiciones de la referida Ley no pueden ser aplicadas de forma retroactiva cuando la sanción sea más grave o cuando el hecho por el cual se juzga no hubiera constituido delito en el momento en el que se ejecutó. La única excepción para que una norma en materia penal pueda ser aplicada retroactivamente es cuando sea más beneficiosa a la persona que está siendo investigada.

Contrariamente, si la Asamblea Legislativa Plurinacional hubiera asumido la profundidad jurídica de lo que esta sentencia constitucional pretende, debió proceder a la modificación del crítico artículo 123 de la Constitución, en lo pertinente al mencionado fallo del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Con dicha actuación, nuestro precepto constitucional podría corregirse y acogerse a la coherente modulación desarrollada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, permitiendo una consolidación del Estado de Derecho, el respeto al Principio de Legalidad y la Seguridad Jurídica.

Transparencia y seguridad en la Cumbre Judicial

Magistratura/redacción En el marco de la fase preparatoria a la Cumbre Judicial Iberoamericana 2016, el 29 de mayo culminó en Bogotá, Colombia la Segunda Ronda de Talleres, evento que se cumplió desde el día 27 y contó con la asistencia de representantes de los países de la región.

Las autoridades judiciales, quienes a la vez son miembros de los grupos de trabajo, llegaron a importantes avances en las acciones proyectadas para este encuentro.

En representación de Bolivia estuvo presente el magistrado Wilber Choque Cruz, quien fue parte de la mesa de trabajo “Transparencia y Seguridad Jurídica para la Legitimidad del Juzgador”.

De regreso al país, el consejero manifestó que esta experiencia fue de mucho aprendizaje y debate y que los trabajos que se presentaron en ese espacio fueron

enriquecedores, por ejemplo, haber logrado consenso entre diferentes países para un formulario de buenas prácticas en transparencia, integridad y rendición de cuentas, que más adelante será traducido en un manual de aplicación iberoamericano.

Asimismo, la autoridad judicial calificó de “muy sugestiva” la presentación del experto del Banco Interamericano de Desarrollo (bid), Héctor Sanín, sobre la importancia de realizar una “autoevaluación como países en materia de justicia”. Este documento trabajado en el grupo será mejorado por ese funcionario y socializado en una próxima reunión, explicó Choque. En la mesa de trabajo “Transparencia y Seguridad Jurídica para la Legitimidad del Juzgador” participaron otros países como Paraguay, Uruguay, El Salvador, México, República Dominicana, Venezuela, Panamá, Honduras y Ecuador.

Por otra parte, el magistrado adelantó que se ha programado una tercera ronda de estos talleres que será desarrollada en septiembre en Panamá.

La Segunda Ronda de Talleres para la Cumbre Judicial Iberoamericana 2016 fue clausurada con la ratificación del ofrecimiento de apoyo de la Unesco (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) a los países miembros de la Cumbre Judicial Iberoamericana en torno a la capacitación especializada y de diálogo en jurisprudencia.

(*) Micaela Alarcón Gambarte es abogada constitucionalista.